



TESIS UANCV



UNIVERSIDAD ANDINA  
"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

**UNIVERSIDAD ANDINA**  
**NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO**  
**MENCIÓN: DERECHO PROCESAL PENAL**



**TESIS**

**HACIA EL DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE  
EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS  
IMPLICANCIAS EN EL DEBIDO  
PROCESO PENAL**

PRESENTADA POR  
**ORLANDO FRANK CAMACHO ESPINOZA**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
**MAGÍSTER EN DERECHO**

JULIACA – PERÚ

2017



**UNIVERSIDAD ANDINA**  
**NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ**  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCIÓN: DERECHO PROCESAL PENAL

**TESIS**

**HACIA EL DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE  
EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS  
IMPLICANCIAS EN EL DEBIDO  
PROCESO PENAL**

PRESENTADA POR  
**ORLANDO FRANK CAMACHO ESPINOZA**  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
**MAGÍSTER EN DERECHO**  
APROBADA POR EL JURADO

PRESIDENTE :

  
Dr. OBDULIO COLLANTES MENIS

PRIMER MIEMBRO :

  
Dr. MARIO AGUILAR FRUNA

SEGUNDO MIEMBRO :

  
Mgtr. FIDEL CARACELA BORDA

ASESOR DE TESIS :

  
Dr. HELARD ELMER COAQUIRA TURPO



**RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1227-USA-2017-EPG/UANCV-J**

Juliaca, 05 de Diciembre del 2017

**VISTOS:**

El expediente Sol. Val N° 018821 del (a) **Bach. CAMACHO ESPINOZA ORLANDO FRANK**, con número de matrícula **21095009** de la Maestría en Derecho Mención: Derecho Procesal Penal, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez" de Juliaca;

**CONSIDERANDO:**

Que, el (a) **Bach. CAMACHO ESPINOZA ORLANDO FRANK**, con número de matrícula **21095009** de la Maestría en Derecho Mención: Derecho Procesal Penal, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de Juliaca; ha Solicitado la **REPROGRAMACIÓN** de la Fecha y Hora de Sustentación del Dictamen de Tesis denominada **HACIA EL DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILICITA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DEBIDO PROCESO PENAL** para ser sustentada;

Que, el (a) referido (a) Dictamen de Tesis aprobado por los jurados el **02 de Octubre del 2017**, establece la fecha de sustentación; habiendo para el efecto cumplido los requisitos establecidos en el reglamento de Grado de Investigación conducente al Grado Académico de Magister y Doctor de la Escuela de Posgrado de la UANCV;

Que, en el Artículo 70 del Reglamento General de la Escuela de Posgrado de la UANCV, establece que la sustentación de Tesis de Postgrado es un trabajo de investigación original y crítico, de actualidad y de alto valor científico;

En uso de las atribuciones conferidas a la Dirección en el inciso "h" del artículo 15 del Reglamento General de la Escuela de Posgrado, y el Art. 74 del Estatuto Universitario;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- NOMBRAR** a los miembros del Jurado que calificarán la sustentación de la tesis del (a) **Bach. CAMACHO ESPINOZA ORLANDO FRANK**, con número de matrícula **21095009** de la Maestría en Derecho Mención: Derecho Procesal Penal, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de Juliaca; quien ha presentado el Dictamen de Tesis **HACIA EL DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILICITA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DEBIDO PROCESO PENAL** nominado como **ASESOR** el (a) **Dr. HELARD ELMER COAQUIRA TURPO**, siendo los jurados los siguientes docentes:

Presidente	:	Dr. OBDULIO COLLANTES MENIS
Primer Miembro	:	Dr. MARIO AGUILAR FRUNA
Segundo Miembro	:	Mgtr. FIDEL CARACELA BORDA

**SEGUNDO.- REPROGRAMAR** la Hora de sustentación de Tesis, que se llevará a cabo fijando el siguiente lugar, fecha y hora:

Fecha	:	Jueves 07 de Diciembre del 2017
Hora	:	10:00 a.m.
Local	:	Escuela de Posgrado - UANCV - JULIACA

A cuya finalización el Jurado registrará los resultados en el Libro de Actas de Sustentación de Tesis de Maestría con el grado de **MAGISTER** a los estudiantes que ingresaron Anterior a la aprobación de la ley Universitaria N° 30220.

**TERCERO.- ELEVAR** la presente Resolución al Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado Administrativo y Oficina del Órgano de Inspección y Control para conocimiento.

Regístrese, comuníquese y Archívese.



UNIVERSIDAD ANDINA NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ  
ESCUELA DE POSGRADO  
JULIACA, TESIS  
Dr. OBDULIO COLLANTES MENIS  
DIRECTOR



UNIVERSIDAD ANDINA NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ  
ESCUELA DE POSGRADO  
JULIACA, TESIS  
Dr. Luis Aguilar Fruna  
SECRETARIO ACADÉMICO

Cc:  
Bach. Camacho Orlando Frank  
Bach. Camacho Orlando Frank  
Bach. Camacho Orlando Frank  
Bach. Camacho Orlando Frank  
Bach. Camacho Orlando Frank  
Bach. Camacho Orlando Frank



"A mis padres, María Cecilia y Pedro, especialmente a mi querida madre, por haber cultivado en mi la fortaleza y el espíritu de superación continua, y su apoyo moral incondicional.

A Gaby por su apoyo continuo e incondicional, comprensión que en todo momento me brindo, a fin de poder concretizar el presente trabajo de investigación."

De: Orlando.



"A la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez" de Juliaca, por la oportunidad que nos brinda, a los profesionales que buscan superarse académicamente.

A la Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho de la UANCV, a mi asesor, a los docentes de la Maestría en Derecho Procesal Penal, por la orientación en el presente estudio.

A mis compañeros de estudio del posgrado; a todas las personas quienes han contribuido de manera directa e indirecta en el logro y desarrollo de la presente investigación. A todos, mis agradecimientos".



## ÍNDICE

RESUMEN .....	v
ABSTRACT .....	vi
INTRODUCCIÓN .....	vii

### CAPÍTULO I

#### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	1
1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	4
1.2.1.- Problema general .....	4
1.2.2.- Problemas específicos .....	4
1.3.- LIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	4
1.4.- DELIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	5
A.- DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	5
B.- DELIMITACIÓN ESPACIAL .....	6
C.- DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	6
1.5.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	6
1.6.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	8
1.6.1.- Objetivo general.....	8
1.6.2.- Objetivos específicos.....	9

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
2.1.1.- A nivel internacional.....	10
2.1.2.- A nivel nacional .....	17
2.1.3.- A nivel local .....	19
2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
2.2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL .....	20
2.2.1.1. Concepción.....	20
2.2.1.2. Elemento de prueba .....	23
2.2.1.3. Órgano de prueba .....	26
2.2.1.4. Medio de prueba .....	27





2.2.1.5. Objeto de la prueba.....	28
2.2.1.6. Síntesis .....	30
2.2.1.7. Caracteres de la prueba penal.....	30
2.2.1.8. Elementos de hecho y derecho en el proceso penal .....	31
2.2.1.9. La valoración de la prueba.....	32
2.2.1.10. Finalidad de la prueba .....	34
2.2.1.11. Reconocimiento constitucional de la prueba .....	35
2.2.1.12. Los principios.....	35
2.2.1.13. Verdad Real y Verdad Procesal.....	37
2.2.1.14. Importancia de la prueba .....	38
2.2.1.15. Estados intelectuales del juez respecto de la verdad. ....	39
2.2.2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL.....	41
2.2.2.1. Concepción.....	41
2.2.2.2. Prueba ilícita y de prueba irregular .....	47
2.2.2.3. Clasificación.....	47
2.2.2.4. Efectos de la prueba ilícita.....	49
2.2.2.4.a. La prohibición de admisión y de valoración.....	49
2.2.2.4.b. Efecto reflejo de la prueba ilícita.....	51
2.2.3. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA .....	53
2.2.3.1. Origen.....	53
2.2.3.2. Fundamentos sustanciales y procesales de la regla de exclusión.....	56
2.2.3.3. Modelo norteamericano .....	57
2.2.3.4. Modelo europeo-continental .....	58
2.2.3.5. La polémica sobre el alcance y su tratamiento doctrinario .....	59
2.2.3.6. Posiciones teóricas: .....	60
2.2.3.7. La regla de exclusión probatoria. Su alcance .....	61
2.2.3.8. Las pruebas ilícitas por derivación.....	62
2.2.4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	62
2.2.4.1. Según el profesor Daniel Sala: .....	62
2.2.4.1.a. La prueba jurídicamente independiente .....	63
2.2.4.1.b. La teoría del descubrimiento inevitable .....	63
2.2.4.1.c. Hallazgo casual .....	63
2.2.4.1.d. La conexión de Antijuricidad .....	64



2.2.4.1.e. Confesión voluntaria del inculpado continuando con las excepciones .....	65
2.2.4.1.f. La regla de la buena fe .....	65
2.2.4.2. Según el profesor Ángel Fernando Ugaz Zegarra .....	66
2.2.4.2.1. La prueba prohibida y las reglas de exclusión .....	66
2.2.4.2.2. Teorías de las excepciones a las reglas de exclusión .....	66
2.2.5. JURISPRUDENCIA NACIONAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA .....	69
2.2.5.2. La Prueba ilícitamente obtenida (Prohibida) en la Jurisprudencia de la Corte Suprema .....	75
2.2.5.2.i. Conceptualización de la prueba prohibida .....	75
2.2.5.2.ii. Prueba prohibida y prueba irregular .....	78
2.2.5.2.iii. Consecuencias jurídicas de la Prueba Prohibida .....	79
2.2.5.2.iv. Excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida .....	80
2.2.6. EL DEBIDO PROCESO PENAL .....	83
2.2.6.1. Concepción .....	83
2.2.6.1.a. El debido proceso adjetivo o formal .....	85
2.2.6.1.b. El debido proceso sustantivo .....	86
2.2.7. MARCO NORMATIVO: .....	87
2.2.7.1. Respecto a la prueba ilícita .....	87
2.2.7.1.a. En el Código Procesal Penal .....	87
2.2.7.1.b. En la Constitución, Corte Suprema y el Tribunal Constitucional .....	87
2.2.7.1.c. Normativa Internacional .....	88
2.3. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN .....	88
2.3.1. Prueba ilícita .....	88
2.3.2. Reglas de exclusión .....	89
2.3.3. Debido proceso .....	89
2.3.4. Derechos fundamentales .....	90
2.3.5. Derecho a probar .....	91
2.3.6. Derecho a la verdad .....	92
2.3.7. Proceso penal .....	93
2.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN .....	93
2.4.1.- HIPÓTESIS GENERAL .....	94
2.4.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS .....	94
2.5.- OPERACIÓN DE EJE TEMÁTICO: Dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumentos .....	96





### CAPÍTULO III

#### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. ENFOQUE Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	97
3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN .....	97
3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	98
3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....	99
3.3. UNIVERSO DE ESTUDIO .....	99
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	100
3.4.1.- MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA .....	100
3.4.2.- LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	105
3.4.3.- INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	105
3.5. EJE TEMÁTICO Y DIMENSIONES DE LA INVESTIGACIÓN. ....	107
3.6.- PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS).....	107

### CAPÍTULO IV

#### EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

SECCIÓN N° 01.....	112
4.1.- PRIMERA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN .....	112
SECCIÓN N° 02.....	124
4.2.- SEGUNDA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.....	124
SECCIÓN N° 03.....	134
4.3.- TERCERA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN .....	134

**CONCLUSIONES**

**RECOMENDACIONES**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**ANEXOS**



## RESUMEN

La investigación aborda sobre el debilitamiento de las reglas de exclusión probatoria, las excepciones planteadas por la doctrina a las reglas de exclusión y que implicancia tiene la prueba ilícita en el debido proceso penal, para tal efecto se analizó la normatividad procesal penal desde una mirada teórica y práctica analizando casos prácticos donde se advierte fácticamente el problema materia de investigación. El estudio fue desarrollado con el OBJETIVO: Establecer y analizar las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión y que implicancias tiene en el debido proceso penal. METODOLOGÍA: La investigación tuvo un enfoque cualitativo y se siguió el DISEÑO dogmático y estudio de casos cualitativos (Sampieri, Collado, y Baptista, 2010), así por la metodología desarrollada, la investigación básicamente fue analítica. En cuanto a los resultados obtenidos se llegó a las CONCLUSIONES: Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso.

**Palabras clave:** Prueba ilícita, reglas de exclusión, debido proceso, derechos fundamentales, derecho a probar, derecho a la verdad, proceso penal.



## ABSTRACT

The investigation deals with the weakening of the rules of probation, the exceptions raised by the doctrine to the rules of exclusion and the implication of the unlawful evidence in the criminal due process, for this purpose the criminal procedural regulations were analyzed from a theoretical perspective and practice analyzing practical cases where the problem is realistically detected. The study was developed with the OBJECTIVE: To establish and analyze the rules of exclusion of the illegal evidence, the exceptions to the exclusion rule and what implications it has in the due criminal process. METHODOLOGY: The research had a qualitative approach and the dogmatic DESIGN and qualitative case study was followed (Sampieri, Collado, and Baptista, 2010), so by the methodology developed, the research was basically analytical. Regarding the results obtained, the CONCLUSIONS were reached: The exclusion rules refer to the following assumptions; affecting the essential content of fundamental rights, that the irregularity (in obtaining and incorporating) is sufficient to compromise due process and that evidence that is derived from an illicit source, assumptions that must be evaluated according to the purposes, the guarantees and the effectiveness of the criminal process. While the exceptions to the exclusion rules are determined by the following criteria; independent source, attenuated link, inevitable discovery; however, the evidence of illicit origin that is admitted and validly incorporated in the criminal process, and the proof of illicit source that is excluded for violating fundamental rights has a direct implication in due process.

**Keywords:** Protest, rules of exclusion, due process, fundamental rights, right to prove, right to truth, criminal procedure.



## INTRODUCCIÓN

El fondo (fundamento) de la exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras que el fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión. Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculas al crimen organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso





sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción. Es así que:

**En el CAPÍTULO I** se establece el planteamiento del problema de investigación; que abarca la descripción del problema, formulación del problema, las limitaciones, la delimitación de la investigación, la justificación del problema y los objetivos de la investigación.

**En el CAPÍTULO II** se considera el marco teórico, donde se desarrolla los antecedentes, sustento teórico, marco conceptual y la operación de unidades de estudio; que nos dan una visión de los pormenores teóricos empleados en el desarrollo de esta investigación.

**En el CAPÍTULO III** se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, el universo de estudio, la ubicación y descripción del universo de estudio, las técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Por último, **en el CAPÍTULO IV** se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio analizadas y discutidas con teorías, doctrina y la jurisprudencia.



Finalmente, como en toda investigación, se presenta las conclusiones a las que se ha llegado y en función de ella se realizó las respectivas sugerencias. Además, se presenta la referencia bibliográfica y los anexos correspondientes.

El Autor (2017).





## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La problemática surge a partir de los pronunciamientos y el debate doctrinario, respecto a las reglas de exclusión probatoria, es así, que los doctrinarios procesalistas, por un lado sostienen que cualquier medio probatorio que se haya obtenido con vulneración a los derechos fundamentales debe ser una regla ineludible de exclusión por constituir prueba ilícita, mientras que el otro grupo de procesalistas sostienen lo contrario, en el sentido que la prueba ilícita puede entrar y ser válidamente admitida en un proceso penal, ello en mérito del derecho a la verdad y el principio de proporcionalidad.

La regla básica en su versión clásica, parte de la base que toda prueba que vulnera los derechos constitucionales debe ser expulsada, anulada; pero en la jurisprudencia existe diversos contrastes; algunos tribunales partiendo del mismo hecho factico llegan a diferentes conclusiones, es decir, para unos si es prueba ilícita y para otros no es prueba ilícita, el asunto es argumentación, demostración de los fundamentos para llegar a uno u otro resultado, pero el



asunto no queda ahí sino, básicamente el punto central del debate es desarrollar los criterios, reglas y presupuesto, para sostener en que estos supuestos estamos ante una prueba ilícita, cuales son su excepciones y cuál es la implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso.

Ahora bien, la investigación que se propone, está centrado en tres dimensiones de estudio; (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

La primera dimensión de estudio tiene su fundamento en el principio "la prueba no puede ser obtenida vulnerando los derechos fundamentales", sin embargo, este principio de un tiempo a esta parte ha ido relativizándose (flexibilizándose), no solo porque ha variado la concepción a cerca de la prueba, comprendiéndose en la actualidad como fuente dinámica para probar los hechos, sino básicamente se flexibiliza el principio antes indicado, a fin de enfrentar la criminalidad organizada (nacional o transnacional), los delitos del orden económico se cometen con alto nivel de sofisticación, ello justamente ocasiona que este delito sea de difícil probanza, es así, que los agentes de investigación recurren a interceptaciones telefónicas, allanamiento de domicilios, detenciones, incautaciones de documentación de las empresas involucrados en la comisión de ilícitos penales, y la utilización de la prueba trasladada, por ejemplo en la Ley 30077, Ley de crimen organizado.

El segundo componente de estudio, tal como se señaló líneas arriba, tiene que ver con las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita,





aquí el debate es más intenso, porque se tolera la violación de los derechos constitucionales en ciertas circunstancias o supuestos; al respecto la doctrina ha dado algunas pautas, para su aplicación: 1.- Buena fe del quien descubrió la prueba, 2.- Fuente independiente, 3.- Nexo de causalidad atenuado, 4.- Descubrimiento inevitable, 5.- Urgencia, 6.- Consentimiento, 7.- Fruto del árbol envenenado, 8.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, el asunto aquí no está en descubrir cuantas excepciones existen sino cual es la justificación para que estas excepciones sean aplicadas en los casos concretos, los fundamentos que lo respaldan, porque se quiera o no, estamos ante la vulneración de un derecho fundamental, y necesitamos un argumento estándar para justificar su aplicación .

La tercera dimensión del estudio, desarrolla la implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso, aquí notamos que para determinar esta dimensión necesitamos previamente desarrollar, si la procedencia de la prueba que se pretende incorporar al proceso penal, es lícita o ilícita, en el escenario de que estamos ante una prueba ilícita, pese a ello ha sido incorporado en el proceso penal, y valorado por el órgano judicial y dictado sentencia condenatoria con la prueba en cuestión, entonces indudablemente se afectó la garantía procesal del debido proceso penal, se flagela totalmente esta garantía constitucional en su componente del derecho a la prueba y el derecho a defensa, y no solamente ello sino la libertad de un ser humano.

Estos son los puntos controvertidos que motivaron la presente investigación.

Es así como nace la necesidad de generar planteamientos para buscar soluciones en la doctrina y la jurisprudencia para delimitar y planear las reglas

de exclusión probatoria, las excepciones a las reglas de exclusión y la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal.

Por estas consideraciones se delimitó la problemática en los siguientes términos:

## 1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.2.1.- Problema general

¿Cuáles son las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión y que implicancias tiene en el debido proceso penal?

### 1.2.2.- Problemas específicos

- A. ¿Cuáles son las reglas de exclusión de la prueba ilícita y cuál es el fundamento de su debilitamiento?
- B. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y cuál es su fundamento?
- C. ¿Qué implicancia tiene la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal?

## 1.3.- LIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La Investigación tuvo limitaciones en los siguientes aspectos, que consideramos mencionarlos en el siguiente orden:

**A.-** La principal limitación que se tuvo, en la ejecución de la presente investigación está referido al *aspecto del formato del borrador de tesis*, esto es que únicamente para el perfil de proyecto existe un formato que nos



proporciona la universidad de manera detallada, cuales son las partes y que debe contener cada una de ellas, pero no para el borrador de tesis, solamente nos proporciona según el reglamento, las partes sin mencionar que debe contener las partes, de tal manera que la estructura que plantea la universidad respecto a la tesis presenta serios vacíos.

**B.-** En el aspecto de los antecedentes de la investigación se tuvo limitaciones en el sentido que no se encontraron investigaciones locales materializadas en tesis de investigación en pre ni post – grado (tesis), únicamente se encontraron trabajos realizados por los autores nacionales e internacionales, siempre es preferible tener como antecedente una investigación local, ello es entendible en el sentido que el tema de la prueba ilícita es un asunto controversial y menos abordado.

**C.-** En tercer lugar nuestra limitación se refirió al aspecto del tiempo, dado que mi persona se encuentra ejerciendo la noble profesión de abogacía, es así que no se dispuso del tiempo suficiente para darle una exclusiva dedicación a la investigación.

#### **1.4.- DELIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

##### **A.- DELIMITACIÓN TEMÁTICA.**

La investigación abarca el estudio únicamente de las siguientes dimensiones; tal es así, que como la primera dimensión de estudio tenemos: (i) Establecer los presupuestos, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y cuál es el fundamento de su debilitamiento, (ii) Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y cuál es su fundamento, (iii) Establecer qué

implicancia tiene las reglas de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal.

## **B.- DELIMITACIÓN ESPACIAL**

La investigación se realizó en la región de Puno, y precisamente en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de la Ciudad de Juliaca, en la Maestría del Derecho Procesal Penal, para optar el grado correspondiente.

## **C.- DELIMITACIÓN TEMPORAL**

Para realizar la investigación se tomó como punto de referencia el segundo semestre del año 2016 hasta el primer semestre del año en curso, que según el calendario equivale a los meses; julio de 2016 a agosto de 2017.

## **1.5.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

La investigación desarrollada se justifica porque aborda un tema de interés, de actualidad y controvertido, debido a que existen diversos niveles de análisis discrepantes entre los mismos, relacionado con la prueba ilícita, para tal efecto la investigación analiza y debate sobre tres componentes de estudio: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

El aporte fundamental de la investigación es haber delimitado, los criterios, las reglas, y los presupuestos para excluir la prueba ilícita, y en esta línea, un asunto no menos importante que se propone es referido al porque se da el debilitamiento de las reglas de exclusión. Por otro lado, el aporte de la





tesis radica en haber establecido, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, ello en el marco de las teorías, doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado. Y como tercer aporte del estudio es desarrollar la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal, este último es importante porque se estableció que la prueba ilícita afecta directamente el debido proceso, porque justamente es aquella que se ha obtenido con violación a los derechos fundamentales.

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras su fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión. Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculadas al crimen



organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción.

La investigación, no se queda únicamente con los aportes que se realiza en función a cada dimensión de estudio, sino el aporte más importante radica en plantear una iniciativa legislativa, donde se materializa los criterios y reglas de exclusión probatoria, las excepciones a las reglas de exclusión, en tal sentido se propone la inclusión en el capítulo de la prueba, los criterios antes señalados, para que su aplicación no genere dudas, y se haga conforme al principio de legalidad procesal.

Como se puede verificar, el problema expuesto se halla en discusión; por tanto, el objeto de la presente investigación fue analizar con mayor profundidad la temática y plantear las alternativas de solución. Éstos son los aportes que justifican la investigación.

## **1.6.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

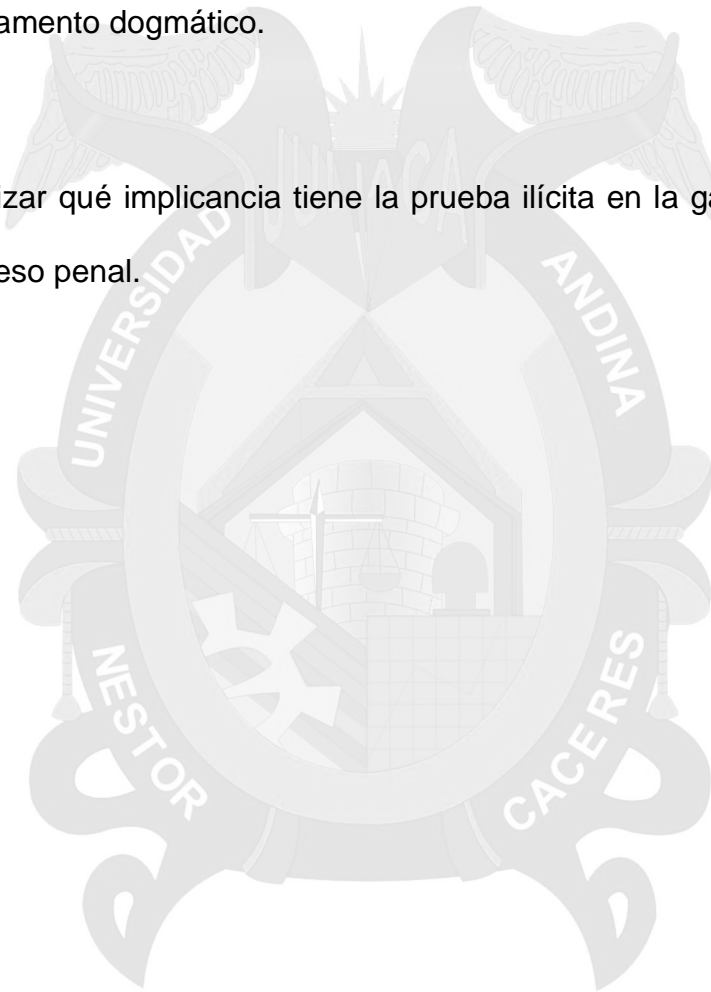
### **1.6.1.- Objetivo general**

Establecer las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión, las implicancias en el debido proceso penal y la propuesta legislativa.



### 1.6.2.- Objetivos específicos

- A. Identificar los presupuestos, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.
- B. Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento dogmático.
- C. Analizar qué implicancia tiene la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal.





## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

##### 2.1.1.- A nivel internacional.

A nivel internacional (Derecho comparado) se encontró estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al tema, materia de estudio; asimismo, se recabó trabajos materializados en artículos jurídicos publicadas en la página virtual de internet, la cual se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el presente estudio:

1.- Tesis Publicada por LUZ DARY GONZALES RODRIGUEZ y FRANCINE ARIAS GALVIS (2015), titulada: **"EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ÍLCITA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA LEY 906 DE 2004"**, tesis de grado de la Universidad de San Buenaventura – Santiago de Cali, Colombia.

**Teniendo como planteamiento principal:** Este trabajo de investigación que se tomó como antecedente de estudio se plantea como objetivo general: establecer si las excepciones de la prueba prohibida son recursos adecuados





para poder considerar su licitud sin perjuicio de dicha prueba afecte los derechos fundamentales y determinar cuáles serían los medios idóneos para su obtención; teniendo además como objetivos específicos los siguientes: (i) analizar la prueba ilícita en el proceso penal desde la dación de la Constitución Política del Perú de 1991; (ii) definir las excepciones de la prueba ilícita, analizar en qué casos procede dentro del marco del proceso penal colombiano regulado por la Ley N° 906 de 2004; y (iii) identificar cuan relevantemente se aplica la cláusula de exclusión en Colombia.

**Llegando a las siguientes conclusiones:** 1. El autor de la tesis señala que la prueba prohibida se somete a la regla de exclusión, esto porque cualquier prueba obtenida sin concordancia con el debido proceso tiene como consecuencia su nulidad; empero, el autor refiere que esta consecuencia es limitado puesto que hay excepciones que subsanan estas ilicitudes por las que se declararía nulo la prueba prohibida. 2. Las excepciones a la prueba prohibida desarrolladas por la doctrina dan cabida a que los jueces puedan valorar estas pruebas ilícitamente obtenidas, esto con la finalidad de que en el proceso penal se busque la eficacia de la actividad desarrollada por los persecutores penales; en ese sentido concluyó que la excepción del descubrimiento inevitable, vínculo atenuado y el de la fuente independiente son excepciones que dan cabida a la valoración de pruebas prohibidas en casos particulares. 3. Un magistrado debe tomar en cuenta las máximas de la experiencia y la sana crítica al momento de identificar si existe o no un nexo causal entre una u otra prueba; asimismo encomiar entre varios derechos como los derechos del imputado, las víctimas y terceros, también el deber del Estado



de investigar y sancionar la comisión de un delito. (p. 29-30) Santiago de Cali, Colombia.

2.- Tesis publicada por JOSÉ MANUEL ALCAIDE GONZÁLEZ (2012), titulada: **"LA EXCLUSIONARY RULE DE EE.UU. Y LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA"**, tesis de post-grado de la Universidad Autónoma de Barcelona – España.

**Teniendo como planteamiento principal:** El tesista encamina su investigación hacia el estudio y comparación de la prueba prohibida o la prueba llamada inconstitucional en España o la *exclusionary rule* (regla de exclusión) de Estados Unidos; se debe tomar en cuenta, el sistema del *common law* de EE. UU., y el sistema Romano – Germano con el que se identifica España para realizar una comparación entre ambos sistemas sobre la aplicación de la prueba ilícita, dado que, en ambos sistemas existen marcados principios doctrinales. En ese orden de ideas la regla de exclusión de EE.UU., fue desarrollada y aplicada con anterioridad a la prueba inconstitucional de España; puesto que España encontró su razón de ser (aplicación de la prueba ilícita) en la Jurisprudencia de EE.UU.

**Llegando a las siguientes conclusiones:** el tesista señala que: (i) La regla de exclusión desarrollada en 1886 primeramente por la Corte Suprema de EE.UU., resolvió el caso Boyd donde el Juez prohibió que se valore una prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales. Asimismo ya en 1920 fue construyéndose la doctrina denominada fruto del árbol envenenado en el caso de intervención de llamadas telefónicas; empero no es hasta 1939 cuando se sienta bases en la legislación norteamericana. Sin embargo España



desarrolla jurisprudencia teniendo como punto de partida a la jurisprudencia norteamericana, vale decir la sentencia 114/1984, en la que se puede asumir inspiración norteamericana para desarrollar nueva jurisprudencia en España.

(ii) En referencia al tema de *exclusionary rule* ha existido un amplio debate con respecto a su fundamentación constitucional, pues la regla de exclusión no se encuentra regulado en la Constitución norteamericana sino más bien es desarrollado por el Tribunal. (iii) Ahora bien, en España la regla de exclusión tiene similares orígenes que en EE.UU., pues no existe norma que lo ampare; entonces realizando un análisis deducimos que si existe una norma expresa como es el artículo 11.1 de la L.O.P.J. por otro lado las pruebas ilícitamente obtenidas fluctúan sobre la tutela de derechos fundamentales y en menor grado sobre la necesidad del efecto disuasorio. (iv) En España las excepciones a la prueba ilícita tienen el mismo tratamiento que en EE.UU., posteriormente se desarrolló las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado, de modo que en ocasiones se admite las pruebas derivadas de una ilícita por tres fundamentos como la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal.

3.- Tesis Publicada por ALEJANDRA ISABEL OSMAN NAOUM (2008), titulada: **"LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA OBTENIDA CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍA DE VALDIVIA Y PUERTO MONTT"**, tesis de grado de la Universidad Austral de Chile – Valdivia, Chile.

**Teniendo como planteamiento principal:** La tesista plantea que en un estado constitucional prima el respeto a los derechos fundamentales y el



resguardo de los mismos, por tal razón el debido proceso debe resultar eficaz para lograr alcanzar la justicia, justicia en el que los ciudadanos puedan confiar, para ello los legisladores deben crear normas que guíen a los operadores del derecho; en ese sentido un claro ejemplo es la creación de la figura procesal del juez de garantías, quien es el encargado de velar por los derechos y garantías del imputado. Es así como se regula la exclusión de las pruebas que han sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. (Artículo 276 inciso 3º del CPP)

**Llegando a las siguientes conclusiones:** (i) la tesista refiere que la teoría de la prueba ilícita aún no está totalmente definida toda vez que existen dos corrientes al respecto, primero la que considera que la prueba ilícita o prohibida engloba aquellas actuaciones o diligencias declaradas nulas como también aquellas que fueron obtenidas contraviniendo los derechos fundamentales; segundo, la que considera solamente que la prueba ilícita comprende aquella que ha sido adquirida con infracción a las garantías fundamentales. Es por tal razón que el resultado variaría conforme a la interpretación que realice cada operador del derecho. (ii) en ese orden de ideas cualquier infracción no puede ser considerada como aquella que vulnere garantías fundamentales, por tal razón resulta necesario realizar otro análisis con el fin de determinar si hay un vínculo entre la transgresión o contravención de la norma con la garantía fundamental supuestamente infringida. (iii) conforme se tiene en la legislación el juez de garantías es el encargado de excluir una prueba ilícita de la audiencia de preparación de juicio oral; empero en ocasiones dichas pruebas pasan sin ser eliminadas en esta etapa; a este





respecto entre las distintas teorías hay dos las más marcadas, una que señala que el tribunal de juicio oral es el que tiene entre sus facultades excluir la prueba ilícita; otra que refiere que el tribunal oral valore la prueba ilícita para que el afectado solicite posteriormente su nulidad. (iv) La corte suprema en su jurisprudencia no introduce criterios uniformes respecto al recurso de nulidad en materia de exclusión de pruebas, desde pronunciamientos sobre el fondo de una prueba ilícita, hasta llegar a determinar la nulidad de todo el juicio oral o el pronunciamiento en una sentencia donde se juzgó al imputado a partir de una prueba ilícita. (v) en cuanto al análisis, en ciudad de Valdivia los jueces de garantía aun haya ocurrido una infracción a los derechos fundamentales no excluyen la prueba ilícita; así lo muestra todos los expedientes revisados. (vi) Por último se verificó que los jueces de garantía de Puerto Montt toman en consideración variadas doctrinas al momento de resolver, por ejemplo el caso RIT 3020-2006 donde acoge la doctrina del fruto del árbol envenenado, excluyendo la prueba ilícitamente obtenida; en cambio en el caso RIT 119-2006 el juez resuelve en base a la doctrina de la fuente independiente, excluyendo la prueba que fue obtenida de una fuente independiente a la ilicitud. (p. 45-46) Valdivia – Chile.

4.- Tesis Publicada por TRINIDAD DEL PILAR LUENGO MONTT (2008), titulada: **"EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA OBTENIDA CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES"**, tesis de grado de la Universidad de Chile – Santiago, Chile.

**Teniendo como planteamiento principal:** La tesista plantea que la exclusión de la prueba ilícita ingresa a su sistema jurídico a través del derecho



comparado y se regula en el artículo 276 del C.P.P., el mismo que establece excluir las pruebas que han sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales; cabe destacar que Chile toma como ejemplo lo resuelto por la Corte de Estados Unidos quienes resolvieron que la prueba obtenida inconstitucionalmente sino se excluía pues la cuarta enmienda de la carta fundamental estadounidense constituirían solo palabras sin contenido, además como refiere el juez Félix Frankfurter es importante la seguridad de la privacidad frente a la intrusión policial arbitraria en una sociedad libre, en ese entender las incursiones policiales que vulneren el derecho a la privacidad que dan a conocer pruebas obtenidas en infracción a las normas constitucionales se deben excluir del juicio.

**Llegando a las siguientes conclusiones:** (i) la tesista determina que las normas que engloban lo que se denomina la reforma procesal penal irradia al derecho penal chileno notables cambios, puesto que no solo se produjo el cambio de una legislación por otra sino que ha tomado como punto de referencia más relevante la relación entre las personas y el Estado y su organización, dentro de esos cambios se encuentra inmerso el tema de investigación, es decir, la prueba ilícita y las excepciones a dicha prueba. (ii) De esa forma este nuevo sistema introduce en el artículo 276 la regulación de la exclusión de la prueba que a su vez lleva inmersa la idea de límite plasmada en y la protección de los derechos o garantías fundamentales consagrados en la constitución política y en las normas internacionales ratificados por Chile, ello a razón de la comparación con las realidades jurídicas de Alemania y Norteamérica que permiten concluir que el introducir o excluir una prueba

ilícitamente obtenida acarrea un conflicto que requiere ponderación puesto que estaría en contraste la supremacía o la subordinación de la pretensión punitiva del estado frente al respeto irrestricto de los derechos fundamentales del imputado. (iii) Entonces según la tesista este conflicto depende de la realidad jurídica interpretativa de cada país, puesto que se llega a dicha conclusión después del análisis comparado que después de ser un principio de aplicación total ha cedido conforme a los acontecimientos dados, por ejemplo en EE.UU. el 11 de setiembre del 2001 y también el cambio de ideología de la Corte estadounidense posterior a la corte de Warren. (iv) Finalmente se concluye que los cambios dados en lo referente a la regla de exclusión han sido de gran valor toda vez que contribuyó al desarrollo e varias excepciones que traen como consecuencia la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, ejemplo tenemos la excepción del hallazgo casual, buena fe en el agente, fuente independiente, descubrimiento inevitable entre otras más que se desarrollan a nivel jurídico mundial. (p. 146-148) Santiago – Chile.

### 2.1.2.- A nivel nacional

Al indagar diversas fuentes bibliográficas con el fin de encontrar antecedentes que se relacionen directa o indirectamente con el proyecto de investigación, se encontró trabajos de investigación materializados en tesis, asimismo, se encontró artículos de opinión y ensayos jurídicos; mencionamos los siguientes:

- 1.- Tesis Publicada por HAMILTON CASTRO TRIGOSO (2008), titulada: **“CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA”**, tesis de post-grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



**Teniendo como planteamiento principal:** El tesista plantea que para resolver el conflicto, los funcionarios procesales sin excepción deben recurrir a la valoración material de las pruebas acopiadas, las mismas que deben guardar un respeto irrestricto de los derechos fundamentales del procesado solo así se garantizaría una absolución o condena legítima, de ese modo se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita excluyéndose la ilícita.

**Llegando a las siguientes conclusiones:** (i) En el Perú a consecuencia del poco conocimiento (sobre la prueba ilícita) de los operadores del derecho que tienen a su cargo el proceso penal seguido por terrorismo no se ha logrado fundar criterios para admitir o excluir del proceso el material probatorio que atente contra derechos fundamentales del encausado. (ii) Del mismo modo la doctrina nacional ni el Tribunal Constitucional han desarrollado criterios para su admisión o exclusión de dicha prueba; sin embargo se colige del caso SERPOST S:A signado con el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, que se ha tomado en cuenta en este respecto cuestiones importantes como el de que el alcanzar la verdad y la admisión del material probatorio no se logra a cualquier precio, pues su límite es justamente el respeto de lo establecido por la Constitución, vale decir, los derechos fundamentales; y, que la prueba que haya sido obtenida con transgresión a estas normas constitucionales no puede ser utilizada para incriminar a nadie por lo que carecerá de efecto legal; en ese orden de ideas el fallo dado en este caso a la fecha sigue siendo el más importante del Tribunal Constitucional, asimismo a raíz de ello existe un creciente interés por desarrollar doctrina nacional sobre la prueba ilícita en el





Perú. (iii) Ahora bien, señala también que las excepciones a la regla de exclusión tienen que estar expresamente reguladas por el ordenamiento jurídico – procesal, en ese entender el principio de proporcionalidad solo será aplicado cuando la prueba haya sido obtenida legalmente y el juez tendrá que realizar un juicio de valor entre bienes o valores constitucionalmente protegidos de igual o mayor jerarquía. (iv) Al respecto, en la mayoría de casos donde se juzga por terrorismo se ha alegado afectación de derechos constitucionales al momento de obtener una prueba, lo que se comprueba con el alto índice que refleja la práctica de los operadores judiciales en innumerables veces que han tenido que recurrir a criterios sobre la prueba ilícita. (v) Finalmente concluye que de lo establecido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución se deriva la consagración del derecho a la prueba como fundamental, del mismo modo sucede con el derecho fundamental de presumir la inocencia de un acusado hasta que no se demuestre lo contrario, ello regulado en el artículo 2 inciso 24 literal e) del mismo cuerpo normativo. En efecto, se comprende al derecho a la prueba como un componente del derecho al debido proceso y al de la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 166-168) Lima – Perú.

### **2.1.3.- A nivel local**

En la Región de Puno y más precisamente en la Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno y la Universidad Andina Néstor Cáceres Velázquez de Juliaca, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación, relacionado con la prueba ilícita y el debido proceso.



Las investigaciones antes mencionadas, son las que sirvieron de base y punto de partida de la presente investigación que proponemos a la comunidad jurídica.

## 2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

### 2.2.1. La prueba en el proceso penal

#### 2.2.1.1. Concepción.

Según el diccionario jurídico: la prueba es la certificación de la existencia de un hecho material (hechos) o de un acto jurídico que cuya forma está establecida y determinada por la Ley.

El profesor ECHANDIA citado por CAFFERATA, (1998), señala que la *prueba es lo que confirma o desacredita una hipótesis o una afirmación precedente*. Esta afirmación nos indica que la prueba tiene dos propósitos, acreditar un hecho, y segundo desvirtuar una imputación, entonces hasta aquí queda claro las finalidades de una prueba.

Ahora, siguiendo con las definiciones, invitamos al profesor CASTRO, citado por (CAFFERATA, 1998), este autor indica que la prueba es definida como aquel elemento que sirve para adentrarse a la verdad en otras palabras como aquel que destapa la verdad acerca de los hechos que son imputados a los que cometieron el delito y respecto de los cuales se aplicara la ley sustantiva. Lo que cabe rescatar de este pensamiento es que la prueba es o sirve para descubrir la verdad.



Por otro lado CARNELUTTI citado por BRAVO, (2010, p. 12), señala lo que no es la prueba (faz negativa de la prueba), en esta línea indica que la prueba sirve para verificar un juicio, demostrar su verdad o falsedad y no para evidenciar un hecho. Esta definición es indirectamente discrepante con lo antes señalado en el sentido que señala que la prueba no es para evidenciar un hecho, sino demostrar la veracidad o falsedad de un hecho en el juicio.

Desarrollando las pruebas judiciales invitamos al profesor Devis ECHANDÍA quien define a las pruebas de naturaleza judicial como: *"El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso"* (Echandía, citado por Bravo, 2010, p. 13), lo que importa en esta postura se señala las etapas por las que una prueba transcurre, ahí tenemos la admisión, producción, asunción y valoración, cuatro fases que se deben tomar en cuenta en el juicio, para que haya un debido procedimiento en la incorporación de un medio probatorio.

En este punto de argumentación acerca de la prueba en general, corresponde desarrollar como es la prueba en los sistemas penales acusatorios, ello es importante analizar puesto que la prueba es un elemento que se debate tanto en el proceso civil, penal, laboral y administrativo, es así que la prueba en el sistema de corte acusatorio (penal) *está conformada por aquella actividad que han de desarrollar la parte acusadora en colaboración con el tribunal con la finalidad y objeto de desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye.* (Bravo, 2010, p. 19), el autor



señala que el punto de partida es la presunción de inocencia que debe ser desvirtuada con la prueba, más allá de toda duda razonable.

En este punto vamos a desarrollar la prueba como una actividad humana, relacionado incluso con la dignidad humana, para tal efecto invitamos al profesor SERRA DOMÍNGUEZ, este autor tiene un planteamiento muy distinto al considerar que la prueba es una actividad humana que atiende a su propia naturaleza, dinámica, la configura como una actividad de comparación.

Para el profesor de la Universidad de Barcelona, reflexionando sobre la prueba indica: *"probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces"* (citado por MIRANDA ESTRAMPES, 2010. P. 17).

Para finalizar este desfile de conceptualizaciones, tenemos que hacer algunas precisiones necesarias, a cerca de la prueba, primero de ellos es que toda prueba acredita un hecho, una afirmación y finalmente una pretensión, u una vez acreditada la teoría del caso entonces la consecuencia lógica vendría a ser una decisión positiva, dependiendo de quién sea el sujeto procesal, si es para el Ministerio Público la sentencia será condenatoria, y si es para la defensa técnica entonces la sentencia positiva a dictarse será una sentencia absolutoria, entonces debemos afirmar con claridad que una prueba es un elemento central de un proceso penal.

Dicho esto vamos a desarrollar ampliamente las categorías antes mencionados por el autor que cuya definición analizamos:



### 2.2.1.2. Elemento de prueba

Elemento de prueba no es más que la huella o un indicio objetivo que indica la comisión de un delito, A decir de Vélez Mariconde, define haciendo alusión a esta categoría probatoria, como *“todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”* (citado por CAFFERATA NORES, 1998). Este autor nos ilustra con una definición técnica, y como indicador señala al dato objetivo, desde nuestra perspectiva el dato objetivo es una huella, y como ejemplo tenemos a un charco de sangre que se registra en una habitación. Ello sería un excelente elemento de prueba para indicar que ha existido una agresión o una muerte.

El término “dato” encierra un concepto que tiene que ver con aquellos indicadores que indican la existencia de un delito, por ejemplo, estos pueden ser:

**Bienes:** en bienes tenemos, las roturas en las ventanas o puertas, machas de sangre u otros fluidos que podemos notar en el piso o en algún lugar de la pared.

**Cuerpo:** en el cuerpo tenemos; equimosis, excoriaciones, entre otras que establezcan el grado de las lesiones mortales o no inferidas a la víctima, todo ello lo notamos en el cuerpo, y generalmente con ello se acredita un delito por lesiones.

**Psiquis,** tenemos, es captado por los sentidos, percepción de los hechos testigos, el agraviado y otros, así como el resultado de una secuencia



de experimentos u operaciones que el perito practique sobre los indicios, a fin de que nos conduzcan a la verdad de los hechos.

Dato también se puede identificar todo lo que contienen un documento, un documento de escritura pública por ejemplo contiene varios datos.

Es necesario, sin embargo, que el dato posea fuerza conviccional y que se incorpore al proceso a través de los medios previstos en la Ley. (ÁNGELES, 2009)

Elemento de prueba también es denominada por la doctrina como prueba propiamente dicha, tal como el profesor Mariconde señaló como todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.

Ahora la pregunta es, ¿En qué consisten los rastros y las huellas?, la respuesta es que un acontecimiento delictivo deja en los objetos (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesiones) o en la psiquis (daño psicológico) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos la pericia demostrará de que se trata realmente, y el documento llamado pericia es la que acreditará hechos postulados en el juicio oral.

Los datos o elementos de la prueba tienen las siguientes características que serán resaltadas y desarrolladas en este apartado, los datos provienen de la realidad fáctica, de las declaraciones, de las evidencias y corroboraciones, el nivel de corroboración dependerá de la calidad de los medios probatorios.



## 1. Objetividad.

Como hemos afirmado líneas arriba, el elemento de prueba está caracterizado por aquel *dato objetivo*, en tal sentido este dato debe provenir de un mundo externo al proceso penal, y no una imaginación del órgano jurisdiccional carente de todo dato objetivo. Y su dirección va (desde fuera hacia dentro del proceso) ello debe ser controlado por las partes en el juicio, para advertir cuál es ese elemento objetivo, huellas o rastros.

## 2. Legalidad.

El principio de legalidad es un presupuesto básico del elemento de la prueba cuya utilización debe ser legal ello con la finalidad de no viciar el debido proceso y para que sea valorado adecuadamente por el juez.

La ilegalidad de los elementos de prueba generalmente se da por dos razones fundamentales: 1.- su irregular obtención o 2.- su irregular incorporación al proceso.

## 3. Relevancia.

La característica de relevancia se expresa cuando permite fundar sobre éste un juicio de razonabilidad como el que se requiere para establecer una condena, este debe convencer al juez, no porque solamente sea objetivo, sino suficiente para sostener la gravedad de las imputaciones que se da en un determinado juicio penal.

En suma se conoce como relevancia aquel dato que permite al juez una alta probabilidad y sobre todo utilidad para probar una proposición fáctica.

#### 4. Pertinencia.

Otra característica de los elemento probatorios es la pertinencia para la vinculación del imputado con los hechos y para con el proceso, ello está relacionado con dos vertientes: 1.- E mundo externo objetivo (existencia del relato fáctico) y 2.- el mundo externo subjetivo (participación del procesado) de la imputación delictiva, o con todo hecho o circunstancia que sean necesarios para el proceso.

Se dice pertinente a todo dado que sirva acreditar las agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; conducta del agente; existencia o extensión del daño ocasionado para su terminación, debe ser un baremos para establecer, en caso de que un dato de prueba no se capaz de acreditar estos extremos simplemente no será un elemento pertinente.

En suma se conoce como pertinencia a la relación que debe existir entre el hecho objeto de acreditación y el dato o elemento de prueba que se utilizará para probar ese hecho, a ello se denomina pertinencia, estos conceptos son desarrollados a partir de las ideas del profesor CAFFERARA. (1998, p. 19-23).

##### 2.2.1.3. Órgano de prueba

El órgano de prueba es la persona, agente, testigo o agraviado a través del cual se incorpora el dato o elemento probatorio. En este punto es preciso citar lo que menciona el profesor Cafferata, quien sostiene que: "*órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso*" (2008. p. 25).

Este será, entonces, el sujeto o la persona que intermedie entre el objeto de prueba y el órgano jurisdiccional (juez), que no son otros que el testigo (conocimiento accidental de los hechos que juzgan) y el perito (conoce de los hechos por mandato jurisdiccional). (ÁNGELES, 2009).

La función del órgano de prueba es intermediar entre los datos de prueba y el juzgado a ello se le considera como órgano de prueba persona de transmitir la prueba al órgano jurisdiccional.

El proceso penal regula su actuación en el capítulo de la actividad probatoria, donde señala las pruebas testimoniales: testigos, así también la declaración del imputado, la declaración de los agraviados y justamente admite la participación de las personas que no están involucradas directamente, es decir la partes que celebran la contienda; el imputado y agraviada, ello hace referencia a los peritos que son nombrados por el juez a fin de que a través de su pericia establezca o dilucide un aspecto que es necesario la intervención de la ciencia y la expertis de un profesional especializado para acreditar un determinado hecho.

#### **2.2.1.4. Medio de prueba**

El medio de prueba desde la perspectiva de la doctrina constituye el canal o el conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal.

Este mecanismo se encuentra regulado de modo expreso en la Ley, de tal suerte que encontraremos medios de prueba documental, testimonial o pericial. (ÁNGELES, 2009).



Por otro lado el medio de prueba es el procedimiento establecido por la norma a fin de que esta permita el ingreso de los datos de prueba al proceso penal y consecuentemente al juicio oral.

En suma podemos definir como aquel canal que posibilita la penetración de un objeto o elemento probatorio al proceso penal, a fin de que sea valorada por el órgano jurisdiccional, estos conceptos son desarrollados y argumentados en merito a las ideas vertidas por el profesor Cafferara. (1998, p. 38)

#### **2.2.1.5. Objeto de la prueba**

El objeto de prueba responde a la pregunta ¿Qué es lo que se va probar en el proceso? Y el objeto que se quiere probar puede ser las causas de la muerte, la lesión, y otros, Como bien afirma el profesor Mixán Máss, *"objeto de prueba es todo aquello que constituye materia de probanza. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y acreditado. Debe tener la calidad de real o probable o posible"* (1992. p. 180).

Para ser más concreto y consecuente, por cierto, con el concepto de Prueba acuñado en la introducción del presente artículo, considero que el objeto de la prueba es aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba; es decir hechos naturales y humanos, cualidades de la persona, cosas, lugares y calidades jurídicas. (ÁNGELES, 2009).

La prueba ha de versar fundamentalmente sobre los hechos imputados en el juicio, la controversia establecida por las partes; como consecuencia, se excluyen los conocimientos generales, es decir, los notorios.



En primer lugar, el objeto de la prueba está constituido por los hechos o puntos que se van a probar en el proceso penal, que se compone del hecho histórico tipificado penalmente (el hecho criminal, en palabras de algunos autores) y del sujeto a la que se imputa o atribuye dichos hechos. Pues, los hechos están delimitados en la acusación, y justamente para acreditar estos hechos necesitamos actividad probatoria, a fin de generar convicción en el juzgador caso contrario se cae el proceso penal, y como consecuencia de ello se dicta una sentencia absolutoria.

Así también, hay que considerar la teoría caso de la defensa, estos como es lógico tienden a excluir la responsabilidad de su patrocinado (imputado), dificultar o debilitar la convicción del juez, esto es, sirve para absolver o descartar los hechos materia de imputación. Igualmente, para establecer las atenuantes, o las circunstancias privilegiadas a fin de determinar la pena concreta.

Por último, mencionar que la prueba verse sobre máximas de experiencia (llamadas reglas de la lógica, de la ciencia y la sana crítica, etcétera), en caso de que se cuestionen las mismas y siempre que se encuentren en estrecha relación con los hechos principales controvertidos. (OSTOS, 2006).

Finalmente cabe señalar que Objeto de la prueba es aquel que debe ser acreditada y sobre lo cual recae la prueba, es aquel punto controvertido sobre la que se debate, aquella duda llevada al órgano jurisdiccional a fin de que sea solucionada.

### 2.2.1.6. Síntesis

En este punto cabe poner algunos ejemplos tomando en cuenta la prueba testimonial, de la siguiente manera:

Medio de prueba	Elemento de prueba	Órgano de prueba	Objeto de la prueba
Es el canal o medio mediante el cual se transmite un determinado dato probatorio, el Código Procesal Penal regula la forma: testigos, citación y otros.)	Es el dato que proporciona el testigo, el contenido de sus declaraciones y respuestas sobre las preguntas.	Es el testigo, también puede ser el imputado y el agraviado que aporta datos y elementos probatorios.	Aquel sobre la cual recae la prueba, aquel punto controvertido sobre lo cual se interroga al testigo.

FUENTE: CAFFERARA, 1998, p. 24-27.

### 2.2.1.7. Caracteres de la prueba penal

Las características que tiene la prueba en un sistema acusatorio con tendencia adversarial, como en el Perú, son los siguientes:

- 1.- La carga de la prueba conforme al código Procesal penal corresponde al Ministerio Público, órgano encargado de acusar.

2.- La prueba únicamente se produce en el juicio oral, las únicas excepciones son la prueba constituida y la prueba anticipada que se da en la investigación preparatoria..

3.- Las pruebas deben obtenerse por medios lícitos permitidos por la ley.

4.- Las pruebas deben ser corroboradas periféricamente, no solo deben ser simples sospechas ni indicios.

5.- Libertad en el ofrecimiento de los medios probatorios de parte de los sujetos probatorios, pruebas de cargo y pruebas de descargo.

6.- Libre y sana valoración de los elementos probatorios.

7.- Deben tener relación con el hecho que se investiga, pertinencia y conducencia. (Bravo, 2010, p. 20)

#### **2.2.1.8. Elementos de hecho y derecho en el proceso penal**

Los principales elementos de la prueba penal que he tomado para el análisis son dos que considero de mayor importancia: los elementos de hecho y los elementos de derecho.

##### **Elementos de hecho.-**

El elemento de hecho hace referencia al escenario donde se produce o en el lugar donde esta o se manifiesta los efectos del delito. Entre el lugar de la comisión del delito y el lugar donde se genera los efectos no siempre coinciden, porque los delincuentes siempre tienden a esconder el cadáver en un lugar distinto donde se cometió el delito.





## **Elementos de derecho.**

En este punto lo que debemos indicar es que las pruebas cumplen la función de reconstruir los hechos, y a través de ese camino llegar a la verdad de los hechos, en realidad no podemos reconstruir hechos a través de suposiciones ni especulaciones, sino a través de medios probatorios en forma objetiva, de esa manera llegar a la verdad material, ahora bien las pruebas están limitados por la Ley, donde se establecen las reglas de exclusión, las excepciones a la regla para su aplicación.

Las proposiciones fácticas y los modos relacionados con el delito podrán ser acreditados con los medios probatorios legalmente obtenidos, respetando los derechos fundamentales establecidos en la constitución y los tratados internacionales.

Las pruebas deben ser incorporadas en el proceso de acuerdo a la disposición constitucional y las normas del Código Procesal Penal, es que justamente tanto la obtención, la incorporación y la valoración está regulada en estos instrumentos legales. Ahora bien, la única limitación está dado por las garantías y los derechos fundamentales y el respeto a los principios contenidos en el debido proceso. (Bravo, 2010, p. 25).

### **2.2.1.9. La valoración de la prueba**

La valoración de la prueba es el ejercicio mental que realiza el juez en base a los hechos acreditados



Otros autores señalan como la aceptabilidad de las conclusiones. La valoración es el aspecto central que se hace sobre la base de las pruebas; es la actividad que conduce a dictar una sentencia, a través de los elementos probatorios y la actuación de las mismas se determina la responsabilidad del imputado.

La valoración de la prueba es un derecho que tiene las partes en un determinado proceso, para ello es necesario aplicar una serie de reglas como por ejemplo las reglas epistémicas o las reglas de racionalidad generales a fin de valorar la prueba. Este proceso de la valoración probatoria no puede ser una operación libre de criterios con carga subjetiva sino básicamente debe estar regida por las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, de esa manera se debe valorar las pruebas.

El razonamiento judicial en relación a las preposiciones fácticas, en palabras del profesor (jurista) Daniel Gonzales Lagier, las proposiciones fácticas constituyen los insumos para el desarrollo de los argumentos, en esta línea debemos sostener que las máximas de experiencias son las garantizan el debido proceso, las inferencias y los enunciados son las que respaldan la garantía de los argumentos.

En este punto hay que resaltar, que con la prueba se debe poner fin al incertidumbre con la que inicialmente se recurre al proceso judicial y la confirmación de una postura que postula una de las partes, dando la razón a una parte y desacreditando la postura de la otra parte. Es decir se descarta una hipótesis y de prueba la otra hipótesis, otorga valor judicial y confirmación de la tesis postulada. (OBANDO, 2013).



#### 2.2.1.10. Finalidad de la prueba

Una de las finalidades más importantes de la prueba es la averiguación de la verdad, esa es la finalidad última del debate probatorio que se da en el juicio oral de un determinado proceso. En este punto invitamos al profesor Michele Taruffo, que en una ponencia en el evento internacional sobre la Teoría de la prueba, (Lima, 2012), ha sostenido que el órgano jurisdiccional es el único que tiene el deber de acreditar la verdad de los hechos, toda vez que los abogados no buscan la verdad real sino defender una determinada posición con medios probatorios que lo conviene o que mejor acredite su teoría del caso, con ello buscan persuadir al juez a fin de absolver de la responsabilidad penal. Entonces concluimos que el abogado y su cliente no buscan la verdad de los hechos sino defender su posición (teoría del caso).

El derecho a la verdad representa un objetivo (ideal) que da pautas a la actividad probatoria y la acreditación a los elementos fácticos. Para que el proceso se conduzca jurídicamente a fin de que las decisiones sean coherentes y correctas, y justas, es que esté direccionado a determinar la verdad de acuerdo a los hechos expuestos en los fundamentos facticos de una posición. (Taruffo: "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa").

En conclusión el objetivo y la finalidad de los medios probatorios es producir en el juez una certeza de los hechos que postula las partes del proceso, esto es, la íntima convicción que debe ser advertido a partir de la valoración conjunta de la prueba. (OBANDO, 2013).

#### **2.2.1.11. Reconocimiento constitucional de la prueba**

La prueba (el derecho a probar) es un derecho que está regulado y protegido por la Constitución Política del Perú, es un derecho que está implícito y dentro del debido proceso, es un componente. Prueba para establecer una condena, asimismo, prueba para desvirtuar la imputación penal, prueba para absolver.

En este estado de cosas, el ofrecimiento y la valoración es un derecho, y una garantía del proceso, presentar los medios probatorios que generen convicción en el juzgador para corroborar la verdad de los argumentos (Cas. N° 2169-2009-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31/01/2011, página 29415).

En este punto corresponde mencionar citar al Tribunal Constitucional (TC) en la STC N° 010-2002-AI/TC, donde señala que el derecho a la prueba es un contenido implícito de la tutela jurisdiccional efectiva; las partes están habilitados para presentar todos los medios y elementos probatorios para sustentar su petitorio y sobre todo generar convicción al órgano jurisdiccional (STC N° 01557-2012-PHC/TC de fecha 4 de junio de 2012, Fundamento Jurídico 2).

#### **2.2.1.12. Los principios**

1.- La valoración entendida como aquella operación de inferencia realizado por el juez está sujeta a ciertos principios que señalan los criterios que se debe tomar en cuenta para valorar las pruebas:





Vamos a desarrollar cuatro principios: 1) principio de identidad, ello implica aplicar el mismo razonamiento en casos similares, en estos casos debe identificarse si los casos son iguales o similares; 2) principio de contradicción, implica que el razonamiento debe ser coherente y convergente, no se puede afirmar y negar al mismo tiempo; 3) principio de razón suficiente, para este principio se debe hacer una inferencia partiendo de las premisas y determinar si son aptas y valederas para argumentar una conclusión; 4) principio de tercero excluido, en este principio identificar dos posturas mediante las cuales en uno de afirma y en el otro se niega, y se determina que solo uno de ellos es válido, entonces ya no hay lugar para un tercer argumento.

2.- Un determinado razonamiento para determinar si es o no correcto se explica mediante dos principios: de veracidad y racionalidad. Asimismo, la motivación de una resolución judicial implica una argumentación racional, no subjetiva, de la misma, utilizando un argumento concreto y no abstracto. Una resolución debe contener la siguiente justificación: A.- Seleccionar un hecho y su respectiva norma; B.- la utilización de la norma jurídica, y, C.- respuesta a las pretensiones y alegaciones de las partes.

3.- La Cas. N° 3244-2010-Lima). En general, se controla si la Resolución está correctamente justificada y cumple con el principio de logicidad. Es tarea del órgano jurisdiccional, sin embargo es importante que el apelante en su fundamento de apelación lo que debe realizar es el análisis de la aplicación de los principios lógicos de los hechos y la norma. Existe la sentencias arbitrarias que no interpretan adecuadamente los hechos ni aplica correctamente la norma únicamente se hace relucir la arbitrariedad del juez. (OBANDO, 2013).

### **2.2.1.13. Verdad Real y Verdad Procesal**

La finalidad de todo proceso es buscar y encontrar la verdad, en este escenario el proceso se sirve de medios probatorios, instrumentos y técnicas de investigación, se despliega toda una maquinaria del Ministerio Público a fin de buscar la verdad, esta búsqueda de la verdad pasa por etapas, secuencias y tiene sus propias reglas de juego, y dirigido por el Ministerio Público, con la ayuda de la Policía Nacional del Perú, y otros agentes especializados.

La verdad como categoría filosófica es la búsqueda de la esencia de las cosas, ahora trasladando al proceso podemos entender nos sirve para buscar la verdad del hecho delictivo que implica la individualización de los autores las circunstancias del cómo se ha cometido el hecho punible y establecer quienes son los verdaderos agraviados. Ahora en este punto la verdad para el proceso penal es una categoría que buscan los detectives y los agentes de investigación.

La verdad se divide en dos dimensiones: una dimensión real y otra la dimensión procesal; entonces la verdad real es aquel descubrimiento tal cual han ocurrido los hechos para llegar a esta verdad real o también llamado verdad absoluta es casi imposible llegar en un proceso penal dada la complejidad de los casos que se presentan por esta razón que los doctrinarios han planteado como solución la verdad procesal, esta verdad procesal implica acercarse a la verdad real, aproximarse a la verdad real, ¿Cómo se llega a la verdad procesal?, se llega a la verdad procesal a través de los medios probatorios aportados por las partes y valoradas por el juez, estimando la verdad procesal en la sentencia.



La verdad será siempre una categoría difícil de definir dado que tiene una acepción filosófica como la búsqueda de la esencia de las cosas y la acepción jurídica como la búsqueda del acontecimiento delictuoso.

#### **2.2.1.14. Importancia de la prueba**

La prueba es considerada como un medio más eficaz y confiable para descubrir la verdad real, asimismo, es entendido como una garantía ante las arbitrariedades de los órganos judiciales, es un control a fin de evitar las motivaciones aparentes.

El camino de descubrimiento de la verdad sobre las proposiciones fácticas contenidos en la hipótesis de la acusación se debe desarrollar reconstruyendo la verdad real a partir de los medios probatorios aportados. Y para ello es el medio más idóneo para la reconstrucción de manera que se a demostrable y comprobable, indicando las huellas y los rastros dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones o de inferencias sobre aquéllos hechos materia de debate.

Además, en mérito al ordenamiento jurídico, en las resoluciones judiciales únicamente se podrá consagrar datos objetivos debidamente probadas y acreditadas no debe consignarse datos que no son objetivas ni improbadadas, lo cual impide que sean fundadas en elementos de tendencia subjetiva.

El juez debe generarse una certeza en la culpabilidad para imponer una condena al imputado, y hacerlo en mérito a los medios probatorios debidamente incorporadas al proceso y con un debido proceso, algunos

doctrinarios sostienen que las pruebas son las que condenan y no los jueces, esto es una garantía constitucional. La prueba, al ser un fundamento insustituible para establecer la condena se caracteriza como un rasgo importante. (CAFFERATA, 1998)

#### **2.2.1.15. Estados intelectuales del juez respecto de la verdad.**

La finalidad del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, para ello hace uso de los medios probatorios, pero el asunto no queda ahí sino que el juez hace una operación mental, para poder valorar conjuntamente las pruebas y al final toma la decisión de condenar o absolver al sujeto que está procesando..

Es en ese escenario es que el juez se forma la convicción, se aproxima a la verdad de los hechos, para tal efecto es oportuno definir cada una de las categorías básicas para entender la cognición del juez en el proceso penal, verdad, certeza, duda y probabilidad.

##### **a) Verdad.**

La verdad es una categoría que expresa la correspondencia entre la verdad real y la verdad procesal, asimismo, por otros teóricos es definido como aquella convención social, desde un punto de vista pragmáticos se ponen de acuerdo para generar una convención respecto a las cosas.

Otro aspecto importante que hay que señalar es que la verdad difiere de cultura a cultura de persona a persona, de ahí que se entiende que cada persona tiene su propia verdad, cada individuo maneja su propia concepción de las cosas.





### **b) Certeza.**

La certeza es una categoría que tiene una doble dimensión, una dimensión positiva y la otra negativa; la dimensión positiva indica la firme creencia de algo que existe una creencia que apunta a una sola dirección. Por otro lado tenemos la dimensión negativa, ella indica la creencia firme de algo que no existe, un hombre está seguro que no existe.

Y en este tránsito se va produciendo los estados intelectuales del juez, hay incluso posiciones intermedias, altas o bajas probabilidades.

### **c) Duda.**

La duda es una categoría que se ubica entre la certeza positiva y la certeza negativa ahí está la duda en sentido estricto, es aquella indecisión del intelecto humano, un punto neutral entre la existencia y la no existencia.

Ahora bien, en un proceso penal ante la duda evidentemente debe ocurrir la absolución, ante la indecisión judicial debe absolverse al procesado, esta duda es un principio que favorece al imputado.

Es por esa razón que el fiscal en un proceso penal debe acreditar los hechos más allá de la duda razonable, esa es el estándar exigido para imponer la condena.

### **d) Probabilidad.**

La probabilidad es un estado de coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza

conviccional a los negativos; es una pugna entre el umbral mayor y el umbral menor, es una lucha permanente.

Ahora, trasladando al terreno judicial, debemos decir que es una pugna entre la defensa y el Ministerio Público, y el que debe establecerla alta probabilidad o baja probabilidad es el juez de investigación preparatoria. (CAFFERATA, 1998, p. 6 - 9).

### **2.2.2. La prueba ilícita en el proceso penal**

#### **2.2.2.1. Concepción.-**

La prueba ilícita, es aquella prueba que se obtiene violando algún derecho fundamental y tal como lo dispone directamente el texto constitucional, su consecuencia, es la nulidad absoluta, al no admitir saneamiento ni convalidación. (*Concepto personal*)

Aquí tenemos otra concepción de la prueba ilícita, esta concepción señala la prueba ilícita se define como aquella que está vinculado directamente a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas a la hora de obtener las pruebas que tengan que ser utilizadas en el proceso. (SALAS, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

Por otro lado, la prueba ilícita es conceptualizada como aquel que contraviene los principios del ordenamiento jurídico, en este punto es necesario distinguir algunas precisiones terminológicas para su mayor y mejor entendimiento entre: prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida. La



prueba irregular es la que se produce contraviniendo la norma constitucional que regula su obtención y valoración; prueba ilícita se entiende como aquella en la que en su origen o desarrollo se ha restringido un derecho o libertad fundamental; y prueba prohibida no es más que la consecuencia de la prueba ilícita, entendida como aquella que no puede ser traída al proceso puesto que deriva de otra producida con directa afectación de derechos fundamentales protegidas constitucionalmente. (RIVES, 2010)

el contenido de "prueba ilícita" se encuentra dentro de la más amplia categoría denominada "pruebas prohibidas"; es decir entre la primera categoría y la segunda existe una relación de especie a género, este es interesante destacar porque para tener una cabal diferencia entre estas dos categorías.

Haciendo una interpretación, "prueba prohibida" es aquel elemento que sirve para demostrar una proposición fáctica, sin embargo, esta ha sido obtenida en contra de una norma legal o constitucional, incluso violando un principio general del derecho, en una prueba prohibida lo que se cuestiona es la forma de obtención, y esto evidentemente genera su nulidad. (Midón, 2005: 30).

Sin embargo, la denominada prueba ilícita importa un elemento más estricto y riguroso. Su admisión está supeditada que la regla o el principio vulnerada en la obtención y puesta en la práctica de dicha prueba, pertenezca a las normas de rango constitucional o en su defecto a las normas internacionales regulados en su jerarquía. (Art. 75 inc. 22, C.N.).



Hacer una distinción es sumamente importante. En tanto que la prueba prohibida no ilícita se da el supuesto de "ilegitimidad" y, entonces, configura un "acto nulo", hora bien la prueba ilícita propiamente denota una hipótesis de "ilicitud" y, entonces, configura un "acto inexistente", es decir un acto que no existe.

Sin embargo la postura adoptada, no puede dejarse de lado toda vez que el tema resulta complejo y hasta polémico no solamente para la ciencia procesal, sino también para la doctrina reconocida, y es que no existe unanimidad a cerca de la concepción de la prueba ilícita. (ANSELMINO, 2012, p. 3)

Por otro lado la prueba ilícita debe ser conceptualizada como aquella prueba que se ha obtenido y se ha actuado con violación de los derechos constitucionales. Ahora bien, la prueba irregular es aquella que es obtenida, ofrecida o actuada con infracción de la normativa procesal que regula la actividad probatoria pero sin afectar el núcleo central de los derechos fundamentales.

La diferencia conceptual antes señalada tiene una fuerza vinculativa, pues la regla de exclusión de la prueba ilícita y la afirmación de su eficacia refleja, se debe explicar y estudiar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, la prueba irregular está sometida a la nulidad del proceso penal, algunos autores sostienen que se pueden convalidar y otros señalan que es imposible que se convalide.



Los ordenamientos jurídicos de naturaleza o tendencia acusatorio, está presente en las legislaciones, la figura de las reglas de exclusión probatoria de exclusión probatoria, razón por la cual no se reconocen los efectos de las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos fundamentales (denominada ilicitud probatoria).

Hay un principio interesante que provenía del sistema inquisitivo: «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio» (Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), en su sentencia de catorce de junio de 1960).

De un tiempo a esta parte la invocación del derecho a la verdad material (real), ha servido por mucho tiempo para justificar y fundamentar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita.

Se tenía la concepción de que todo aquello que servía para descubrir la verdad debía ser incorporado al proceso y ser valorado por el órgano jurisdiccional a fin de generarse una convicción. Y se invocaba el principio de libre valoración de la prueba, así como en el sistema actual. En el escenario inquisitivo, el develamiento de la verdad real se justificaba cualquiera fuera su forma y la manera de obtención.

Lo señalado en el párrafo anterior es la manifestación clara del sistema inquisitivo, que caracterizando podemos sostener que estamos ante manifestaciones maquiavélicas el mismo que es incompatible con un Estado de derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.





La exclusión de una prueba es la garantía que está reconocido constitucionalmente, no es admisible una prueba que vulnere derechos fundamentales, sea objeto de valoración de un juez, debe ser expulsado de un determinado proceso penal. (Miranda, 2010, p. 04-06).

Se debe destacar que en la doctrina no existe pacificidad en relación a la concepción de la prueba ilícita. Clásicamente se aceptan dos conceptos uno amplio y otro restringido.

Ahora bien, en sentido amplio se razona por prueba prohibida aquella que se incorpora o se produce con la vulneración de una disposición constitucional y/o legal, atacando la fuente y su actuación.

Asimismo, en sentido restrictivo se interpreta por prueba prohibida como aquel medio probatorio que se ha obtenido con vulnerando de uno o más derechos fundamentales que están consagrados constitucionales.

En la legislación acotada, tal como se ha señalado en el párrafo anterior tanto el máximo intérprete de la constitución así como la Corte Suprema han coincidido en considerar que la prueba prohibida en su acepción limitada o restringida, señalando que existe una diferencia entre ellos, el máximo intérprete de la Constitución la ha definido como aquel medio probatorio que se "obtiene" vulnerando los derechos constitucionales (fundamentales), en la misma línea la Corte Suprema la ha conceptualizado como aquella que se "obtiene o actúa" quebrantando los derechos protegidos constitucionalmente.



En el criterio que establece la Corte Suprema existen dos momentos en que los medios probatorios podrían adquirir esa condición de pruebas ilícitas y/o prohibidas. En el momento que fue recabada (ex ante: extra-procesal o previa al proceso) o en la actuación probatoria.

Recapitulando la idea, se debe mencionar que la prueba prohibida es aquella que ha sido obtenida mediante la transgresión los derechos fundamentales, por lo menos un derecho (afectación al núcleo del derecho fundamental) y no a la practicada vulnerando algún derecho fundamental dado que en el proceso civil la actuación probatoria se da en la audiencia de pruebas, y es poco probable que ahí se vulnere. (Chanjan, 2010)

En este último párrafo cabe indicar que lo estipulado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que indica, que los jueces deben interpretar y aplicar las leyes y normas reglamentarias de acuerdo con los principios constitucionales y la interpretación de los mismos que efectúe el Tribunal Constitucional tenemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, ha quedado esclarecido los conceptos amplio y restringido de la prueba prohibida.

En concepción del Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete de la norma, la prueba prohibida se define como aquella que se obtenga mediante la contravención directa o indirecta de algún derecho fundamental, en este caso se excluye la afectación a uno de rango legal o infra-legal (GOMEZ COLOMER, citado por VILLA, 2013, p. 385 recuperado en: <http://vlex.com.pe/vid/prohibida-jurisprudencia-constitucional-380351182>.

Visitada el 02 de Abril de 2013).

#### 2.2.2.2. Prueba ilícita y de prueba irregular

Como se ha señalado en puntos anteriores, por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con infracción de derechos fundamentales. Ahora bien, haciendo un contrapunto, prueba irregular es aquella recabada, ofrecida o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales con regulación constitucional.

La delimitación conceptual tiene mucha importancia, pues las reglas de exclusión probatoria y el reconocimiento efecto reflejo, que se trabajó líneas arriba, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría se aplica como aquella obtenida con vulneración, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación, y desde la línea de las garantías procesales de indica que no hay forma de que sea convalidada. (MIRANDA, 2010, p. 133).

#### 2.2.2.3. Clasificación

Hay una clasificación a la que se denomina como pruebas en sí mismas ilícitas, es por derivación por derivación, a ello también se le conoce como pruebas indirectas indirectas o por efecto reflejo.

Prueba ilícita "en sí misma" es aquel indicador que sirve para verificar una proposición fáctica y que es actuado o recabado directa e inmediatamente por medio de un procedimiento inconstitucional, vulnerando la norma con rango de Ley.



En otros términos, cuando se trata de esta forma de probanzas, existe una tensa relación próxima e inminente con el medio de prueba ilícita y la garantía o derecho fundamental afectado por su recolección. Como ejemplo podemos citar: a un sujeto se le hace confesar mediante la grave tortura y ensañamiento. A su vez, la prueba ilícita "por derivación" conocido como el acto que es en sí mismos ilícito, con la que se permite conocer un hecho investigado, pero a la que se accede a través de un medio probatorio ilícitamente obtenido. Es decir, en esta reflexión participa una prueba adquirida de modo regular, pero a ello se llega por información que es recabada mediante elementos de convicción contaminada.

Ahora seguimos con la segunda clasificación: Esta clasificación es acuñada por la Corte Nacional al sentenciar el caso "*Reginald Raydford y otros*" donde justamente distingue entre prueba material y los testimonios de quienes están dotados de "voluntad autónoma". Definiendo que la prueba ilícita material es todo aquel elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente recogido, por el contrario la prueba ilícita testimonial es la que proviene de las personas a través de sus expresiones. En palabras del Máximo Tribunal de Justicia, si una determinada prueba ilícita consiste en un elemento objetivo (físico, material o corporal), entonces se indica como aquel que ha perdido su valor; ahora si se trata de testimonios, como se hallan provistos de "voluntad autónoma", aquí surge la necesidad de atenuar con la exclusión de la prueba ilícita.

De los antes mencionados en los párrafos anteriores existen otras clasificaciones que es necesario desarrollar y estos criterios de clasificación

son: a) El que está en el momento mismo donde se produce la ilicitud, puede ser dentro del proceso o ex-post, fuera del proceso, y aquí cabe destacar entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal (Cafferata,1998) y b) el que es consciente de las causas que origina la ilicitud de los medios probatorios, y se establece la diferencia entre pruebas expresas prohibidas, irregularidad probatoria o ilegalidad probatoria, y pruebas que afectan la constitución. (ANSELMINO, 2012, p. 3)

#### **2.2.2.4. Efectos de la prueba ilícita**

##### **2.2.2.4.a. La prohibición de admisión y de valoración**

Hay dos momentos donde la prueba ilícita se contamina, y como tal produce su inutilización procesal, para no afectar el debido proceso penal, y estos dos momentos son: obtención y la actuación con violación al núcleo central de los derechos fundamentales, y el efecto directo es que la prueba ilícita no sea admitida en el proceso penal, ni mucho menos sea valorada por el órgano juzgador.

En este punto hay que destacar, que, a diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita en ninguna forma se puede convalidar, ni mucho menos subsanarse, por afectación a un derecho fundamental de la persona, en las legislaciones comparadas estas reglas no tienen un carácter absoluto y ello quiere decir que admite excepciones.

Ahora, la pregunta es: ¿Cuál es la oportunidad para ejercer control de los medios probatorios que tiene un contenido ilícito o que hayan sido obtenidos o practicados con transgresión a los derechos fundamentales?,





desde nuestro punto de vista existen dos momentos para cuestionar; uno en la etapa de investigación preparatoria vía tutela de derechos y el segundo en la etapa intermedia vía exclusión de la prueba ilícita en el debate del control de la acusación (control probatorio), ello ante el juez del juzgado de investigación preparatoria. Una acusación fiscal, que únicamente se base en la prueba ilícita, esto devendría en un sobreseimiento de plato, y la consecuencia directa es que no se emita el auto de enjuiciamiento sino en su lugar se dicte un auto de sobreseimiento poniendo fin al proceso penal.

Los controles antes mencionados tienen por finalidad que los jueces de juzgamiento no tengan contacto con las pruebas en el juicio oral, que sean obtenido con vulneración un derecho fundamental, de esa manera se evita las consecuencias derivadas de la prueba ilícita, como puede ser la condena del imputado con prueba prohibida. (Miranda, 2010, 109 y ss.).

Excepcionalmente, la ilicitud de la prueba puede ser denunciada y pedido su exclusión en la etapa de juicio oral, y más precisamente en el momento que se actúa los medios probatorios. En otros términos, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no se impide que sea denunciada y excluido de un proceso penal, todo depende del abogado defensor que ejerce la defensa de la causa. (MIRANDA, 2010, p. 08)

La finalidad que persigue la exclusión de una determinada prueba ilícita, es que esta no tenga ningún valor probatorio y por tanto la salida del proceso penal, a fin de que no se valorada ni mencionada en la sentencia para sustentar la condena. Y como ejemplo citamos: no puede ser valorada aquella prueba que haya sido obtenido como consecuencia de un allanamiento



domiciliario que no cuente con la autorización judicial. (SALAS, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

#### **2.2.2.4.b. Efecto reflejo de la prueba ilícita.**

Tenemos a la teoría de los frutos del árbol envenenado. - lo que se debe mencionar es la inclusión del adverbio "indirectamente" de ello se entiende el efecto reflejo que genera la prueba ilícita y aparece la teoría de los "frutos del árbol contaminado".

Ahora bien, aquella prueba que indirectamente o directamente tenga como su fuente a una prueba ilícita, esto es la causa generadora, siempre generara una ineficacia en el proceso penal. A ello el Tribunal Supremo ha denominado como efecto domino, que genera la nulidad en cascada o contaminación procesal.

La doctrina antes mencionada resultó ser garantista, y se aplicaba expansivamente, ello limitada por las reglas de excepción, los juzgados han venido admitiendo para salvar situaciones escandalosas donde los hechos ilícitos muy notorios quedaban sin sanción penal por las excesivas consecuencias por aplicación del efecto indirecto de la prueba prohibida. (SALAS, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

Otro conflicto que se presenta a partir de esta teoría denominada el fruto del árbol envenenado es el afirmación de efectos reflejos. La indicada teoría tiene sus orígenes en el derecho norteamericano, mediante el establecimiento



de la teoría del árbol envenenado, los agentes de investigación acopiaban elementos probatorios cuyo análisis permitía el descubrimiento de nuevas prueba de cargo.

Asimismo se sostiene que la exclusión probatoria de la prueba ilícita alcanzaba también a las manifestaciones realizadas por el imputado a momento de su detención, dado que se establecía la detención ilegal y las confesiones, ello evidentemente generaba la nulidad de todo el proceso, en esos contextos lo mejor era mantener un silencio que no implicaría ni una consecuencia ni positivo ni mucho menos negativo.

Esta teoría puede plantearse de la siguiente manera: la exclusión de la prueba ilícita no solamente genera la exclusión y la invalidación de la prueba originaria sino sobre todo y ante todo también la exclusión de aquella prueba derivada de la prueba prohibida principal, dado que su origen nace a través de informaciones o datos obtenidos como derivación de la actuación de la prueba ilícita inicial.

En el derecho comparado como en España la regla de exclusión está regulada en el art. 11.1 LOPJ, donde se menciona sobre la eficacia refleja cuando se indica que *«no surtirán efecto las pruebas adquiridas directa o indirectamente, con transgresión de derechos constitucionales»*.

El reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita es una consecuencia que deriva a partir de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, ello en su oportunidad ha sido establecido por el Tribunal Constitucional Español en el caso de las intervenciones telefónicas.



La exclusión de la prueba ilícita por efecto reflejo es una garantía constitucional, que es compatible con el sistema garantista y sobre todo por el respeto estricto de los derechos fundamentales, poner a los derechos fundamentales encima de cualquier derecho inferior, y ello se analiza y pondera con la eficacia del proceso penal. (MIRANDA, 2010, p. 08).

### **2.2.3. Reglas de exclusión de la prueba ilícita**

#### **2.2.3.1. Origen**

En el país norteamericano, (Estados Unidos), hay que señalar que las reglas de exclusión probatoria no tienen un reconocimiento constitucional, ello ha sido una creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculándose a las IV y V enmiendas de la Constitución norteamericana, en esta norma constitucional interpretada por el tribunal supremo donde se pronuncian los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse, ello está establecido con los siguientes casos: Boyd vs. United States, 116 US 616 (1886) y Weeks vs. United States, 232 US 383 (1914), jurisprudencias que son relevantes para tener una idea clara de las reglas de exclusión de la prueba ilícita.

El fundamento de la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria tiene un fundamento constitucional, y lo que se pretende es evitar que ingresen los medios probatorios que vulneren los derechos fundamentales, para garantizar el debido proceso, a efectos de no contaminar el proceso a partir de un medio probatorio contaminado. Ahora bien, más adelante, el Tribunal Supremo norteamericano ha señalado que el fundamento más importante es preservar la



integridad judicial y evitar que los agentes policiales realicen actividades ilícitas en la obtención de los medios probatorios con lesión de los derechos individuales.

Lo que prevalece en el ordenamiento jurídico norteamericano es el efecto disuasivo para que la policía, o los agentes persecutores del delito no cometan abusos para obtener medios probatorios, ello es una prohibición que viene en efecto de la jurisprudencia Norteamericana, y esto es importante porque no se puede incorporar mucho menos condenar a una persona con prueba ilícita, ello vulneraría e iría en contra de un estado constitucional de derecho.

El efecto disuasorio, en el modelo norteamericano de alguna manera ha funcionado, una prevención general para los agentes de investigación a fin de que tengan todo los cuidados en la obtención de los medios probatorios, no solamente en las pruebas personales sino también en las pruebas documentales. Aquel personal que incurre en este supuesto de obtener un medio probatorio vulnerando algún derecho tiene una responsabilidad civil y disciplinaria, vale decir incurre también en una responsabilidad administrativa de los agentes policiales.

En los países latinoamericanos la exclusión de la prueba ilícita tiene siempre un origen constitucional, dado que esta norma de rango de Ley, es la que indica las pautas, cuando estamos frente a una prueba ilícita. Y a partir de la interpretación del texto constitucional se realiza la interpretación para cada caso concreto.





Ahora bien, llegado a este punto tenemos que enmarcar que el fundamento sustancial de la regla de exclusión de la prueba contaminada es garantizar y proteger los derechos fundamentales y las libertades de la persona, impidiendo que las pruebas ilícitas sean valoradas y sirvan de sustento para imponer condena.

En los países europeos como Italia y España, se observa una tendencia de desarrollar las reglas de exclusión de la prueba ilícita en la jurisprudencia donde fija las reglas.

En el país de Italia, en su Código Procesal Penal de 1988, ha introducido una concepción interesante a cerca de la prueba ilícita: señalando que está prohibido valorar las pruebas por el juez cuando estas se hayan adquirido vulnerando los derechos, y las prohibiciones expresas de la Ley. Y la figura procesal, con la que se cuestiona la prueba ilícita es "la inutilizabilidad", en aplicación de esta figura jurídica el juez no podrá valorar bajo ningún argumento la prueba ilícita. La Corte Constitucional italiana ha añadido esa regulación, creando un catálogo o una categoría de pruebas inconstitucionales, son aquellas que tienen un origen ilícito, o que en su incorporación se haya vulnerado derechos constitucionales. (SSCC 34/1973, de 21 de marzo y 81/1993, de 26 de febrero).

Ahora bien, en países como Portugal, Brasil o México, en la actualidad han incorporado en su constitución a fin de regular la exclusión de la prueba ilícita, el mismo que está proclamado constitucionalmente, con ello se otorga fuerza constitucional a la exclusión de la prueba.

En Portugal, el su art. 32.8 de la Constitución portuguesa de 1976, modificada parcialmente en el 2005, dentro del capítulo de las “garantías del proceso”, señala que la nulidad de todas “las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”. Con ello tenemos claro que en ese país europeo está claramente regulada la exclusión de la prueba ilícita.

Finalmente, en este tópico donde se desarrolla los antecedentes vamos a mencionar a un país centroamericano, México, este país ha incorporado en su ordenamiento jurídico dentro de la sección de los principios generales, la expresa prohibición ello en su artículo 20, del apartado A, inciso IX, donde a la letra señala: *“cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”*.

La Constitución de México regula en una norma específica la exclusión probatoria ilícita ello cuando se refiere a las interceptaciones telefónicas, al señalar en sus incisos del art. 16 que *“las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio”*.

#### **2.2.3.2. Fundamentos sustanciales y procesales de la regla de exclusión**

De un tiempo a esta parte la regla de exclusión de las pruebas ilícitas ha tenido una tendencia de universalizarse, su naturaleza jurídica, el alcance y los efectos dependerá exclusivamente del fundamento que se maneje de ellos,



ahora bien, el análisis de los fundamentos se puede realizar desde dos modelos explicativos-teóricos. (MIRANDA, 2010, p. 07).

Como un segundo argumento señalaremos que la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una piedra angular para garantizar los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos donde se excluye aquellas pruebas que directamente lesionan un derecho, sino también aquellos otros derechos que derivan indirectamente de la misma. (Gascón, 2000, p. 47).

### **2.2.3.3. Modelo norteamericano**

En el modelo de Norteamérica básicamente se caracteriza porque la exclusión de la prueba ilícita no tiene un fundamento constitucional sino básicamente un fundamento jurisprudencial materializado en sus precedentes.

El profesor Fidalgo Gallardo (2003, p. 28), señala que las razones pragmáticas son las que fundamentan en el modelo norteamericano la exclusión de la prueba, dirigida a evitar aquellas pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales. Aquí estamos ante una figura jurídica que no descarta la aplicación de otras figuras a las agencias que vulneren derechos fundamentales (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria.

También es cierto que un grupo de doctrinarios critican el fundamento no constitucional de la exclusión de la prueba en los Estados Unidos de Norteamérica, dado que no es una exigencia constitucional sino únicamente



presenta un carácter subordinado y/o instrumental, como señalan los profesores Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, p. 77).

El Tribunal Supremo Federal norteamericano ha rechazado la aplicación de las reglas de exclusión probatoria cuando la prueba es obtenida por particulares ello materializado en el caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 192) o por policías que no pertenecen a la base estado unidense ello explicado en el caso *US vs. Verdugo-Urquídez*, 494 US 259, 1990, que no aplicó la regla de exclusión probatoria donde se trataba de pruebas obtenidas por las policías de México o, por último la policía haya actuado con buena fe, en todos estos casos se aplica la excepción a las reglas de excepción.

En la jurisprudencia y en la doctrina en norteamérica muchas veces llegan a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad del proceso, dado que existe otros remedios alternativos que son incluso muchos más adecuados, su razón de ser se va debilitando y la regla de exclusión está cediendo su eficacia, aunque actualmente no se ha producido ello. (MIRANDA, 2010, p. 134-135)

#### **2.2.3.4. Modelo europeo-continental**

Ahora, nos corresponde desarrollar el segundo modelo justificativo, este modelo en sus orígenes reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino constitucional, aquí se advierte dos fundamentos uno constitucional y el otro un componente ético social, este modelo habla de la reafirmación constitucional. En palabras del profesor Ferrajoli (1995, p. 537 y ss.), este modelo está *caracterizado por la funcionalidad de todos los poderes*



*públicos al servicio de la garantía constitucional de los derechos fundamentales a fin de consagrar la carta magna, en palabras del profesor Ferrajoli esa es el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.*

Siguiendo con la línea de análisis, se debe mencionar que el Tribunal Constitucional italiano ha mencionado que las pruebas recabadas con vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos de a pie eran una *prove incostituzionali*.

En este punto hay que mencionar que la teoría del entorno jurídico que fue formulada por el tribunal supremo alemán se puede considerar como el más importante para respaldar este modelo europeo continental.

Para argumentar con mayor propiedad sobre los fundamentos de las reglas de exclusión probatoria vamos a invitar al maestro alemán Claus Roxin citado por Miranda (2010), nos indica que la incorporación o la exclusión de un medio probatorio depende exclusivamente si se afecta el núcleo central del derecho fundamental o no; en el caso de que no afecte gravemente el derecho fundamental debe ser admitido al proceso penal, en caso que la afectación es al núcleo del derecho fundamental en ese caso se excluye declarando judicialmente su ilicitud de la prueba.

#### **2.2.3.5. La polémica sobre el alcance y su tratamiento doctrinario**

La polémica surge cuando se enfrentan dos derechos, valores y principios, la doctrina y la jurisprudencia ha tomado partido de uno o por otro lado, el debate central es a cerca de la teoría del árbol envenenado, el mismo que es abordado desde diferentes ángulos, algunos sostienen que toda prueba que afecte los





derechos debe ser excluido, y otros sostienen que antes de excluir un medio probatorio debe realizarse una ponderación entre dos derechos que entran en conflicto.

#### **2.2.3.6. Posiciones teóricas:**

##### **a) Tesis restringida:**

Esta tesis sostiene que todos los medios probatorios que sirvan para acreditar un hecho y por ende descubrir la verdad debe ser valorado por el juez, y a partir de ello generarse una convicción, en este caso, y según esta teoría es irrelevante la forma como sea obtenido. Esta tesis sigue un pensamiento que se materializa en el siguiente principio: *"el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito"*, no se preocupan por los efectos reflejos de la prueba ilícita, es decir, admiten plenamente aquellos medios probatorios que se han obtenido con ilegalidad, asimismo, admiten las pruebas obtenidas en forma irregular. (Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010)

##### **b) Tesis ecléctica:**

Esta es una postura que se ubica entre las dos tesis contradictorias, sostiene que es necesario buscar una solución respetando los derechos garantizados por las prohibiciones normativas, asimismo, señalan que no debe limitarse radicalmente el derecho a probar y ofrecer pruebas en el juicio. En este orden de ideas la solución podría estar según esta tesis identificando los fundamentos de las normas vulneradas.



Esta tesis centra su mirada en la finalidad, es decir, si la prohibición limita la eficacia del proceso penal, entonces debe ponderarse, aplicando una excepción a la regla de exclusión, y si la prohibición es positiva entonces se excluye la prueba ilícita.

### **c) Tesis amplia:**

Esta tesis sostiene que la prueba ilícita, sea porque se ha obtenido con vulneración, o se haya actuado con violación directa de un derecho constitucional, o simplemente porque deriva de una prueba contaminada, (efecto reflejo), en toda esta circunstancia la prueba ilícita y/o prohibida debe ser excluida judicialmente. A diferencias de otras tesis, la TESIS AMPLIA su postura apunta a excluir todos los medios probatorios que afecten los derechos fundamentales, ello en resguardo de las garantías constitucionales, persigue la afirmación de la constitución, no admite la convalidación.

#### **2.2.3.7. La regla de exclusión probatoria. Su alcance**

La prueba es un elemento esencial para probar un hecho, la comisión del delito, y por consiguiente la responsabilidad penal, ahora bien nos preguntamos: ¿Cómo se ha obtenido dicha prueba?, si la hipótesis es que se ha obtenido con vulneración de los derechos fundamentales, la consecuencia es su inadmisión, a esto se llama las reglas de exclusión probatoria, la exclusión de una determinada prueba debe ser debidamente motivada, así como también su admisión, mencionar su utilidad y pertinencia.

#### **2.2.3.8. Las pruebas ilícitas por derivación**

Hasta donde se extiende su expansión de una prueba ilícita, en este punto hay que precisar hasta qué punto y/o cuál es su límite, la existencia de la irregularidad se expande, proyecta y contamina otros actos, audiencias, actos procesales a partir de aquella irregularidad inicial descubierta, este límite es de vital importancia señalar.

El reto de fijar los límites se hace necesario cuando con una prueba cuestionada se condene a una persona, es decir desfavorece y afecta la garantía constitucional en este contexto debe excluirse, como ejemplo tenemos; una sentencia condenatoria basada en una confesión realizada y generada por la tortura, allanamiento ilegal, o basada en una grabación que se realizó a través de la interceptación telefónica. En este contexto la prueba obtenida en estas circunstancias definitivamente no debe ser valorada.

De esta manera nace el debate de las pruebas ilícitas "por derivación", o sea, son aquellas pruebas que nacen de una prueba ilícitamente obtenida. (ANSELMINO, 2012, p. 3-4)

#### **2.2.4. Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.**

##### **2.2.4.1. Según el profesor Daniel Sala:**

Las excepciones a la regla de exclusión es un remedio que tanto la doctrina, como la jurisprudencia ha establecido, estas excepciones se han planteado desde diferentes matices y se han expandido.

En concreto se ha planteado las siguientes excepciones a las reglas de exclusión, en este punto vamos a desarrollar cada una de ellas, explicando el contenido y como debe ser su aplicación práctica en los casos:

#### **2.2.4.1.a. La prueba jurídicamente independiente**

Esta categoría jurídica de la **prueba jurídicamente independiente**, está desarrollada en la STC 86/1995, de 6 de junio. En esta sentencia el tribunal Constitucional advierte que existe la prueba ilícita, pero lo que hace es separar las pruebas y excluir aquello que es ilícita, para que no se valorada, a fin de que las demás pruebas válidamente admitidas sean valoradas conforme a Ley. Lo que hace el juez es analizar si esa prueba es o no legal y si a través de esa prueba si puede desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

#### **2.2.4.1.b. La teoría del descubrimiento inevitable**

Otra excepción que la doctrina ha planteado se llama el **descubrimiento inevitable**, la misma que ha sido acogida en la STS 974/1997 de 4 de julio. En esta jurisprudencia se resta valor a la prueba ilícita incorporada, no toma en cuenta, dado que por otros medios alternativos se hubiera llegado a conocer los mismos datos que se ha conocido por la prueba ilícita, por ser muy notorios los hechos.

#### **2.2.4.1.c. Hallazgo casual**

La tercera regla que desarrollamos se denomina **hallazgo casual**, el Tribunal Supremo ha desarrollado esta excepción a la regla de exclusión probatoria, en la STS 1313/2000, de fecha 21 de julio, el hallazgo casual es una variedad de

la teoría del descubrimiento inevitable, fundamentada en el descubrimiento de hechos delictivos no necesariamente buscadas ni pretendidas, sino que de un momento a otro se descubre, en forma casual, pero ya al ser obtenidas ya son susceptibles de ser valoradas por el juez u órgano jurisdiccional, es como dar a conocer una noticia criminal de un delito flagrante a las agencias de investigación .

#### **2.2.4.1.d. La conexión de Antijuricidad**

La cuarta regla de excepción es denominada: la conexión de antijuricidad. Ella es ampliamente desarrollada en la STC 81/1998, de fecha dos de abril, en la que el órgano constitucional se pregunta ¿si la conexión causal con una prueba ilícita contaminaba?, si el contacto es casual tranquilamente puede fundar una sentencia condenatoria, ello quiere decir que puede ser susceptible de ser valoradas.

Para respaldar los argumentos antes mencionados debemos citar al Tribunal Constitucional donde señala que las pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y más adelante señala que habrá de precisarse que se encuentran vinculadas a las pruebas que vulneraron los derechos fundamentales sustanciales de modo directo, para ello hay que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad); en la presencia o ausencia de esta conexión reside, la restricción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivada de otras que vulneran los derechos constitucionales.





#### 2.2.4.1.e. Confesión voluntaria del inculpado continuando con las excepciones

Esta es una excepción relacionada con la declaración del propio imputado, la confesión voluntaria, libre del procesado, esta categoría ha sido ampliamente desarrollado en la STC 161/1999, de fecha veinte siete de septiembre, mediante esta categoría se de en las propias manos del investigado a fin de que pueda convalidar o negar los datos obtenidos por la prueba ilícita, si el acusado confirma y acepta los hechos, se incorporara el medio probatorio, ello por hecho de reconocer los hechos con relevancia jurídico-penal. En caso de que el imputado niegue los datos en ese supuesto se excluirá dicho medio probatorio.

#### 2.2.4.1.f. La regla de la buena fe

Finalmente tenemos la categoría de excepción a las reglas de exclusión denominada la regla **de la buena fe**. Esta regla es desarrollada en la STC 22/2003, de fecha diez de febrero, trae a colación la regla de buena fe. Es aquella situación donde los agentes de investigación obtienen un determinado medio probatorio con vulneración de los derechos fundamentales, sin embargo no se tenía conciencia de ello, toda vez que han realizado de buena fe.

La buena fe, es una categoría que determina, si un medio probatorio debe ser excluida o incorporada, aquí no basta que se haya obtenido con violación de un derecho, sino que se exige que el agente que ha obtenido el medio probatorio haya hecho con intención, en ese caso se excluye el medio probatorio, en caso de que haya realizado de buen fe, ahí se incorpora siendo

susceptible de ser valorada por el órgano jurisdiccional, y con ello incluso puede dictarse una sentencia condenatoria, en conclusión señalar que el elemento determinante es la buena fe el mismo que debe ser corroborada mínimamente para no excluir la prueba. (SALA, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

#### **2.2.4.2. Según el profesor Ángel Fernando Ugaz Zegarra.**

##### **2.2.4.2.1. La prueba prohibida y las reglas de exclusión**

Ahora bien, es de advertir que tanto en el art. VIII del Título preliminar del Código Procesal Penal, y más precisamente en el art. 159° del CPP., ahí está prevista la prueba ilícita.

Es así que al obtenerse (o incorporarse) pruebas sin respeto a las garantías constitucionales como el debido proceso penal, ese medio probatorio no serán utilizadas ni valoradas por órgano jurisdiccional.

Asimismo, estos carecen de toda consecuencia jurídica las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación al núcleo central de los derechos fundamentales reguladas en la Constitución Política del Perú. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez directa ni indirectamente.

##### **2.2.4.2.2. Teorías de las excepciones a las reglas de exclusión**

Reseñamos brevemente las principales teorías, para luego explicar con mayor detenimiento las excepciones que se aplican al caso:



#### **a) Teoría de la fuente independiente.**

El profesor Ugaz entiende que se puede llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legalmente establecida en el Código Procesal Penal. Asimismo, señala el profesor Ugaz, que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (ejemplo: digamos, la confesión del imputado bajo tormentos del lugar donde se encuentra el arma homicida), se puede llegar igualmente a sus consecuencias (en el ejemplo, obtención del arma) por vías legales (testigo que declare haber visto el lugar de ocultación) (Ugaz, 2013).

#### **b) Teoría del descubrimiento inevitable.**

Esta teoría es la derivación de la fuente independiente. Esta teoría se utiliza cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que ineludiblemente se hubiesen presentado, se puede llegar por otro camino, a través de pruebas alternativas. (Hairebedián, citado por Ugaz, 2013).

En la jurisprudencia norteamericana este supuesto ha sido desarrollado en el caso NIX vs. WILLIAMS (467 U.S. 431 (1984).), en este caso se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (sin perjuicio de que se ha excluido la confesión misma), si bien el dato de la confesión era clave, sin embargo haciendo una exhaustiva investigación se hubiera llegado a los mismos resultados.

### **c) Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble.**

Las actuaciones posteriores que se realizan a partir de la prueba ilícita van perdiendo la intensidad, los efectos venenosos se van subsanando, la propagación del vicio se atenúa o diluye ya por completo.

De la misma forma que la anterior teoría, esta regla ha sido desarrollada con mayor amplitud en los casos WONG vs. U.S (371 U.S. 471 (1983).) y U.S. vs. CECCOLINI (435 U. S. 268 (1978).). en el primero se advierte que una persona arrestada ha sido puesta en libertad, después de presenta a confesar en forma voluntaria sobre los hechos. En el otro caso (U.S. vs. CECCOLINI), se da el caso que primeramente es recibida la declaración de un testigo, pese a que la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, es decir el allanamiento no ha sido autorizado judicialmente, porque es brindada libre y espontáneamente por él, donde no media error ni dolo, entonces se convalida la prueba.

### **d) Teoría de la Buena fe.**

La excepción de buena fe se refiere a la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas pues estas fueron cubiertas de legalidad sin embargo en el fondo son ilícitas. Dicha excepción busca salvar estas pruebas ilícitamente obtenidas pero de buena fe; ello implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de cometerlo, y al suponerse que se ha actuado conforme a derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede considerarse a alguien que actúa de

buena fe, ya que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo. (Ángel Fernando Ugaz Zegarra, en Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2009, p. 1-9).

## **2.2.5. Jurisprudencia nacional de la exclusión de la prueba ilícita**

### **2.2.5.1. Prueba ilícita y excepciones a las reglas de exclusión**

En lo que respecta a la excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita tenemos en la jurisprudencia un primer caso nacional sobre la materia, recaída en el expediente N° 11-2001 decisión dada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2003 correspondiente al caso de Ernesto Ramón Gamarra Olivares, donde el imputado adujo en su defensa que la prueba en que se sustentan los delitos que se le imputan procedían de un hecho ilícito e irregular, al haber sido obtenido contra la Ley pues este era un video denominado "Entrevista Polo Gamarra y amigo Lucho", que carecía de valor probatorio porque fue obtenido como producto de una incautación llevada a cabo sin autorización judicial.

Ante estos argumentos la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su fundamento Décimo Primero consideró que: "sin embargo, teniendo en consideración que tal reunión filmada en dicha prueba videográfica, ha sido reconocida por todos los participantes, tanto en la fecha, circunstancias y secuencias en que ha desarrollado (...) ha sido valorada como medio indiciario, pues ha sido confirmado por las demás declaraciones y testimoniales ya referidas que merituadas en su conjunto, han llevado a la convicción de los





integrantes de esta Sala Penal Especial; en ese sentido, se considera que ha quedado probada la comisión de los delitos materia de la acusación, así como la responsabilidad penal del encausado, resultando por tanto irrelevante para el presente caso el origen y modo de obtención de esta prueba (...). (Ugaz, 2002)

En tanto la Corte Suprema, aunque liberadamente no aplica la teoría de la fuente independiente para dar validez a la prueba videográfica cuestionada, reconoce que ese cuestionamiento es irrelevante puesto que la participación en la reunión captada y la responsabilidad penal del encausado han sido probados por otros medios de prueba actuados durante el juicio.

Otro ejemplo tenemos Expediente 21 – 2001 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, que corresponde al caso José Ramos García Marcelo, donde también se discute la incautación de un video sin autorización judicial previa; sin embargo el imputado utiliza el criterio jurisprudencial del “fruto del árbol envenenado” pretendiendo que se declare la invalidez del video incriminatorio; al respecto la Sala Penal precisó que: “(...) a) el video no se encontraba en poder del encausado, b) que la pertenencia y secreta custodia le correspondía a Vladimiro Montesinos Torres, c) que el requerimiento del video se hizo en domicilio distinto, y d) que la supuesta indefensión de sus derechos, provino de su actuación ilícita, por lo tanto, la incautación del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado, menos de la teoría “de la bandeja de plata” (arresto de una persona con violación de domicilio y obtención de pruebas que lo incriminan), a la de la jurisprudencia norteamericana denominada “doctrina del fruto del árbol envenenado”, y a la



teoría “del efecto reflejo de la prueba ilícita o efecto expansivo”; deviene improcedente lo sostenido por García Marcelo (...).

En el caso explicado líneas arriba la Sala Penal refiere que la presunta vulneración a la inviolabilidad de domicilio que es la base para la alegación de incautación de pruebas sin orden judicial, no afectó al encausado porque la posesión del video lo tenía otra persona, y al no ser el titular del bien jurídico presuntamente violentado no puede ampararse la regla de exclusión de la prueba así obtenida. En ese sentido el tribunal consideró que: “(...) en el presente caso el tema del conflicto entre los derechos a la intimidad, privacidad y, la tranquilidad pública, en estricto cumplimiento de la “teoría de la ponderación de los intereses involucrados”, resulta que el propio acusado quien permitió tal estado de indefensión al ser filmado cuando delinquía. Entonces el Ministerio Público tiene derecho a probar mediante el citado video (...).

En consecuencia, para la Sala Penal de la Corte Suprema ante la colisión del derecho a la intimidad y la privacidad del sujeto y el principio de tranquilidad pública se prefiere el último cuando el individuo al participar en un hecho delictivo permite el estado de indefensión de esos derechos que alega se vulneraron. Este caso entonces, se constituye en un interesante caso de aplicación de la teoría de la proporcionalidad por un tribunal peruano, donde ponderó los intereses de la sociedad en la tranquilidad pública por encima del derecho a la privacidad y a la intimidad de un individuo.

Las excepciones a la regla de exclusión, que revisaremos más adelante consienten la admisión de prueba ilícitamente obtenida aplicando el criterio de proporcionalidad, razonamiento que es aplicado por los tribunales por ejemplo



de Alemania siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves.

Proporcionalmente la contraposición de los valores fundamentales que se encuentran en tensión, la eficiencia y éxito de la administración de justicia por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro. La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores.

De otro lado, Sala Penal Nacional, en el Expediente N° 634-03 del caso Wilbert Elki Meza Majino y otros; examina un caso de juzgamiento por delito de Terrorismo, donde se restó valor probatorio a las pruebas obtenidas en un allanamiento sin orden judicial. En principio el Tribunal verificó que los agentes policiales que allanaron la vivienda de la procesada no contaban con una orden judicial, más aún cuando en el momento de los hechos la ciudad de Lima no se encontraba bajo Estado de Excepción, los agentes policiales tuvieron tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, no existió consentimiento del titular de la vivienda para el allanamiento policial. En ese estadio la Sala Penal Nacional paso a valorar la prueba ilícita a la luz del principio de ponderación o de excepciones por razón de seguridad pública, magnitud de la imputación o gravedad del delito en el caso concreto, precisando que al violarse el debido proceso "no cabe más que declarar que toda la documentación, diskettes y material encontrados en dicho registro constituyen prueba ilícita, la cual no puede valorarse ni se puede sobre la misma fundamentarse una condena, es radicalmente nula".



En consecuencia, la Sala Penal Nacional al advertir la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas, declaró éstas ilícitas y por tanto las inutilizó, restándoles cualquier valor probatorio. Además, en ese respecto la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 4824-2005, de fecha 24 de mayo de 2006, confirmó la decisión de la Sala Penal Nacional de no valorar pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales.

Un caso similar al anterior lo constituye la Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, caso Lucy Margarita Romero Acosta y otros, resuelto por la Sala Penal Nacional, donde se discutió la validez de medios probatorios obtenidos en un allanamiento ilegal de domicilio por parte de agentes policiales; se resolvió que luego de advertir la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio producido por el allanamiento ilegal analiza si es posible aplicar las excepciones a las reglas de exclusión de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, haciendo para el efecto una reseña de las principales excepciones.

En principio la Sala pondera que no es posible la aplicación de la teoría de la fuente independiente porque no existen testigos que atestigüen sobre las pruebas halladas. Tampoco es de aplicación la teoría del descubrimiento inevitable porque no existían actos de investigación o búsqueda de fuente de prueba que hubiera dado lugar al descubrimiento de las evidencias obtenidas con el allanamiento ilegal. Tampoco es de aplicación la excepción de buena fe, ya que los efectivos policiales actuaron sin una orden judicial, y sabían que requerían de la misma para allanar un domicilio; al respecto precisa la Sala que





esta excepción sólo es aplicable cuando los agentes policiales realizan un allanamiento contando con una orden judicial, aunque después se sepa que carecía de esta.

Finalmente, la Sala analiza la excepción de proporcionalidad, precisando que para que sea atendible su aplicación la ponderación no puede ser arbitraria, ni siempre en atención de la gravedad de los hechos investigados, sino que la ponderación debe inclinarse a favor de la sociedad, sin que, se hace indispensable la verificación de cierta razonabilidad, lo que se logra a través de una explicación de criterios o factores. Por lo que la Sala explica de la siguiente manera: "Primero, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, se trata de un allanamiento ilegal de domicilio (...). Segundo, los efectivos policiales actuaron bajo el conocimiento cierto de que para poder ingresar a un domicilio requerían de una orden judicial (...). Tercero, el allanamiento ilegal de domicilio no estuvo orientado a evitar un mal grave o que las fuentes de prueba hubieran sido obtenidas por una situación de estado de necesidad. Por las razones anteriormente expuestas, al no ser aplicable ninguna de las excepciones a la prueba ilícitamente obtenida, deben de ser excluidos del acervo probatorio (no pueden ser valoradas) las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domicilio (...)".

En el caso analizado por la Sala Penal Nacional, entonces, luego de verificarse la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio y al no aplicarse ninguna de las excepciones a las reglas de excepción, declaró que las fuentes de prueba incautadas irregularmente carecían de valor probatorio y





las inutilizó. (Ángel Fernando Ugaz Zegarra, en Instituto de Ciencia procesal Penal, 2009, p. 1-9).

#### **2.2.5.2. La Prueba ilícitamente obtenida (Prohibida) en la Jurisprudencia de la Corte Suprema**

Respecto a la prueba prohibida o ilícita el órgano jurisdiccional a través de la Corte Suprema ha desarrollado varios pronunciamientos. Tal es así que resulta sumamente importante analizar y debatir este asunto en los procesos penales donde se sigue investigaciones contra los funcionarios del estado ello por la comisión de los delitos contra la administración pública, dado que a través de los medios de comunicación la persona toman conocimiento de ello, asimismo los delitos muchas veces son descubiertas en flagrancia, o hechos que son susceptibles de probar con grabaciones, audios, videos y sobre todo mediante la instalación de las cámaras ocultas.

##### **2.2.5.2.I. Conceptualización de la prueba prohibida**

La Corte Suprema en una jurisprudencia importante recaída en el Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-LIMA de fecha cuatro de mayo del dos mil nueve introduce una definición en el sentido que la prueba prohibida es aquel que se a obtenido y/o actuado, vulnerando directa e indirectamente los derechos de la persona y las normas contenidas en la Constitución Política del Perú, vale decir, derechos fundamentales y la constitución.

El máximo intérprete de la norma Constitucional, y en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC utilizó la misma definición de la prueba prohibida, el tribunal constitucional hace dos grandes aseveraciones: el primero se interpreta como



aquella prueba en la que puede operar las excepciones a las reglas de exclusión, de ahí se infiere que no es absoluta su prohibición, sino que en un caso concreto excepcionalmente puede ser admitido en el proceso.

En esta misma línea el máximo intérprete de la constitución con ocasión del expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, define a la prueba prohibida como un derecho fundamental, ello implica el derecho a no ser utilizado y el derecho a no ser valorado por el juez, estos últimos derechos no están expresamente mencionado en la constitución política del Perú (...) (Fundamento N° 07)

Además, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 655-2010-PHC/TC establece reiterando su posición en el sentido que la prueba prohibida es la que se ha obtenido lesionando derechos fundamentales, con esto el tribunal constitucional pone un candado a fin de que las pruebas que se obtengan con alguna vulneración constitucional deben ser excluidas de plano.

En el mismo sentido el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de la Republica indica que la prueba prohibida se configura cuando se obtiene o se actúa lesionando o contraviniendo las normas y sobre todo a los derechos fundamentales; es así que la Corte Suprema establece dos grandes presupuestos para excluir la prueba ilícita, el primero de ellos es la "obtención" y el segundo presupuesto para la exclusión de la prueba ilícita es la "valoración" y la actuación en el juicio oral (Fundamento 15).

Es menester señalar nuestra postura; la prueba ilícita se configura cuando en su obtención se ha violado normas de carácter procesal y



sustantivo, aquí debemos reconocer que al postular la exclusión de una prueba ilícita lo que se debe demostrar es la afectación directa al núcleo central de los derechos fundamentales. Cuando señalamos que se afecta a las normas procesales estamos haciendo referencia a que la incorporación y la valoración han sido realizados con infracción a las normas del Código Procesal Penal, y cuando se asevera la afectación a las normas sustantivas aquí la prueba ilícita afecta directamente a los derechos fundamentales y constitucionales; ello debe ser cuestionado en cualquier fase del proceso penal incluso en sede Casatoria.

El octavo Acuerdo del Pleno Jurisdiccional llevada a cabo en el año 2004 en la ciudad de Lima llegan a una feliz conclusión indicando que se debe hacer una diferencia sustancial entre la obtención de la prueba ilícita entendida como fuente de la prueba y la incorporación irregular y/o ilícita esta última entendida como medio de prueba; siendo esto así cabe enfatizar que la primera trae como consecuencia o da lugar a la prueba prohibida y la segunda trae como consecuencia o da lugar a la prueba irregular.

En este párrafo es ineludible hacer mención al artículo VIII del Código Procesal Penal del 2004 el título preliminar mencionado hace énfasis a la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, aquí nos encontramos con una dificultad y una valla un tanto complicada, en el sentido que este artículo nos desafía a interpretar que es realmente el contenido esencial de un derecho, a partir de esta dificultad se entiende que este precepto legal materializado en el T.P. hace referencia a la violación de un derecho constitucional pero de manera genérica, dejando la libertad a los jueces para que realicen una interpretación adecuada.

#### **2.2.5.2.ii. Prueba prohibida y prueba irregular**

El tratadista CASTRO TRIGOSO (2011) refiere que en las sentencias emitidas por la Corte Suprema abordan la diferenciación entre la prueba prohibida o ilícita y la prueba irregular:

1.- Para el Supremo Tribunal la prueba prohibida es reflexionada como aquella que se ha incorporado y actuado con violación al núcleo central de los derechos fundamentales, esto es el primer escenario.

2.- Cabe señalar de manera diligente que puede haber pruebas ilícitas que no vulneran normas constitucionales en su incorporación, sino vulneran aquellas normas de rango infra constitucional que están debajo de la constitución, a este último el Supremo tribunal lo llama prueba irregular; ello en la ejecutoria suprema N° 342-2001-LIMA (p. 211-225).

Del mismo modo, José María y José Carlos UGAZ (2008) señalan que la Ejecutoria Suprema donde se ha emitido el Recurso de Nulidad N° 9-2006 emitida en fecha 14-04-2007, ¿Qué hace esta Ejecutoria?, esta ejecutoria distingue dos conceptos de suma importancia: en su primer momento señala que con la prueba irregular lo que se cuestiona son los vicios y formalidades esenciales, en otras palabras lo que se cuestiona es la vulneración a una norma legal (infra constitucional). En su segundo momento, esta Ejecutoria Suprema señala que con la prueba prohibida lo que se cuestiona es la vulneración a una norma constitucional o normas de rango constitucional.



### 2.2.5.2.iii. Consecuencias jurídicas de la Prueba Prohibida

En este párrafo lo que vamos abordar son las consecuencias que trae la prueba ilícita y nos preguntamos ¿Cuáles son esas consecuencias?, aquí mencionamos una de las consecuencias:

Cuando una prueba haya sido obtenida mediante actos de tortura y violencia, es decir, con lesión a los derechos fundamentales, la consecuencia directa es aplicar la regla de exclusión a fin de expulsar este medio probatorio del proceso; al respecto nuestro ordenamiento jurídico señala que esta prueba no debe ser valorada, porque deriva de una prueba prohibida aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, esta teoría también es utilizada para excluir aquellas pruebas que tengan una relación directa o indirecta con la prueba ilícita primigenia.

Respecto a las consecuencias de la prueba ilícita existe un debate interesante el conflicto es si debe valorarse o no la prueba prohibida, otro conflicto es cuál debe ser su efecto de esta prueba ilícita, su efecto sería ineficaz, sería nula, sería inutilizable, inapreciable, inefectiva, en suma, cuál sería su efecto, respecto a este punto nuestro ordenamiento jurídico aún no ha zanjado.

El máximo intérprete de la norma constitucional ha establecido algunas pautas para desarrollar la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida, señalando el siguiente efecto: en el proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida está establecida y consagrada en el





artículo 159 del CPP, este artículo establece una prohibición al juez a fin de que no utilice por haber sido obtenida mediante la vulneración.

El Tribunal Constitucional en la sentencia N°02333-2004-HC/TC indica donde está regulada constitucionalmente los efectos de la prueba prohibida señalando que la misma está regulada en el artículo 2 de la Constitución y más precisamente en el inciso 24 donde refiere que las declaraciones obtenidas mediante la violencia o cualquier forma de agresión genera la inadmisibilidad de la prueba y también señala que la otra consecuencia es la ineficacia de esa prueba, esto guarda coherencia con la presunción de inocencia dado que a un imputado no se le puede obligar que se le auto incrimine.

Aquí añadimos otra consecuencia; la prueba ilícita desde una perspectiva constitucional no debe ser valorada por el juez, por tanto no debe generar ningún efecto jurídico, ni procesal ni sustantivo, cabe añadir también que aquella prueba que tenga ilegitimidad constitucional inexorablemente genera su expulsión del proceso.

#### **2.2.5.2.iv. Excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida**

En este párrafo lo que vamos a sostener y desarrollar referida a las excepciones que se establecen a las reglas de exclusión de la prueba ilícita como por ejemplo tenemos:



EXCEPCIONES A LAS CONSECUENCIAS DE LA PRUEBA ILÍCITA	
<b>1. Fuente independiente</b>	Hace referencia a que la prueba es independiente, muy diferente a la prueba ilícita, es decir, no proviene de una prueba ilícita.
<b>2. Descubrimiento inevitable</b>	Esta excepción implica que el hecho descubierto mediante la prueba ilícita también ha podido ser descubierta necesariamente por ser muy evidente y a través de otras pruebas lícitas.
<b>3. Buena fe</b>	Esto implica que los agentes de investigación han obrado de buena fe, por ejemplo, al realizar un allanamiento domiciliario sin mandato judicial, en este punto el policía debe ignorar que el allanamiento no necesita autorización judicial.
<b>4. Proporcionalidad o ponderación</b>	En este punto hay que establecer una proporción entre los derechos vulnerados y la eficacia del proceso penal para enfrentar los actos criminosos.
<b>5. Nexo causal atenuado</b>	Es aquella relación indirecta y muy lejana a la fuente de la prueba ilícita, es decir la relación entre la prueba ilícita y la prueba derivada ha desaparecido por el paso del tiempo, etc.
<b>6. La infracción</b>	Es aquella situación donde la prueba ilícita descubre



<b>constitucional beneficiosa para el imputado</b>	un hecho; sin embargo, este hecho beneficia al imputado, en este caso la prueba debe ser admitida.
<b>7. La destrucción de la mentira del imputado</b>	Si la prueba ilícita aporta al descubrimiento de un hecho y que este hecho sirve para destruir la mentira del imputado entonces debe ser admitido.
<b>8. La teoría del riesgo</b>	<p>Esto implica que la prueba ilícita atenúa el riesgo que se presenta en proceso penal, sea en contra del agraviado o en contra del imputado. Esta excepción se utiliza para optimizar el proceso penal.</p> <p>Esta teoría permite la valoración de la prueba ilícita cuando es el propio afectado el que no cuida sus garantías y asume voluntariamente el riesgo de que se revele la comisión del delito o la realización de un delito que no se conocía con claridad en el proceso.</p>
<b>9. Eficacia de la prueba ilícita para terceros</b>	Esta excepción señala que si la prueba ilícita ayuda a desvirtuar un hecho para la intervención del tercero o para desestimar la intervención del tercero en el proceso debe ser admitida.
<b>10. Infracción Constitucional ajena</b>	Implica que la prueba ilícita que haya vulnerado los derechos constitucionales de un país ajeno pero que esta prueba es ofrecida en un ordenamiento jurídico



	distinto a la fuente de vulneración, entonces debe ser admitido sino afecta al derecho constitucional del país distinto.
--	--

## 2.2.6. El debido proceso penal

### 2.2.6.1. Concepción

El debido proceso es la garantía más importante en todo proceso sea civil, penal, administrativo, laboral y otros; es un faro que ilumina todo el proceso desde el inicio hasta el final; definido desde la perspectiva doctrinaria como un conjunto de garantías mínimas que encubre al imputado o al ciudadano de a pie que está sometido a un proceso, ello asegura una administración de justicia real, efectiva y sobre todo imparcial; asimismo, con esto se garantiza la seguridad jurídica y también garantiza que las resoluciones judiciales sean dictadas con la debida motivación en pruebas y en derecho.

El actuar conforme al debido proceso es que los servidores judiciales resuelvan las pretensiones en estricto cumplimiento de las leyes y el respeto irrestricto de los derechos y garantías que amparan a un justiciable con la finalidad de alcanzar la justicia. En suma, se trata de lo que la Constitución española de 1978 en su Artículo 24.2 denomina "un proceso con todas las garantías"; en ese sentido el núcleo del debido proceso es asegurar la objetividad y la imparcialidad en el juicio penal.

Ahora bien, en este punto vamos a mencionar a la Corte Constitucional de Colombia donde se establece el "bloque de constitucionalidad" referido al debido proceso y justamente ello esta materializado en la sentencia T-280 del



año de mil novecientos noventa y ocho, en esta sentencia constitucional el ponente ha sido el magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, la nota distintiva de esta sentencia es haber señalado que el debido proceso es todo un engranaje de derechos del ciudadano y su importancia se liga a la búsqueda de lo justo; dejando de lado las concepciones anteriores como por ejemplo el asunto de tipificar meramente conductas delictivas, establecer las competencias de los juzgados, determinar las reglas de sustanciación del proceso y algunos ritualismos, además de indicar algunas formalidades.

Según Prieto (citado por UGAZ, 2013) para este jurista el debido proceso ampara la tutela de las normas constitucionales que buscan un orden justo a fin de resguardar los derechos fundamentales; asimismo, asegura que el poder público se sujete a la constitución y la Ley tanto en los actos jurisdiccionales y los actos administrativos.

Ahora el profesor PRIETO citando a ÁLVARO TAFUR GALVIS establece una conexión entre el debido proceso y la función jurisdiccional del Estado, prevista por el artículo 228 de la Constitución Colombiana, para establecer esta conexión primero, señala que todo proceso debe estar ajustado a las formas que establece la Constitución, a fin de posibilitar a que las partes del proceso tengan igualdad en sus derechos y también en sus intereses, el segundo presupuesto que establece el autor es que las reglas establecidas en un determinado proceso deben ser siempre conducir a la finalidad que las partes se proponen en el proceso esto es, resolver el conflicto de intereses sea en materia penal u otra materia; ello deriva del mandato del principio de la administración de justicia estatal.(p. 819).





El derecho al debido proceso es entendido como aquella garantía que tutela los demás derechos fundamentales y no solamente aquellos que se ejercen en la función jurisdiccional, sino también aquellas que ejercen en la función administrativa; asimismo debemos señalar que el debido proceso tiene dos dimensiones (dos caras de la moneda): una dimensión material-sustantivo y otra dimensión adjetiva-procesal.

#### **2.2.6.1.a. El debido proceso adjetivo o formal**

El debido proceso adjetivo se reflexiona como aquellas condiciones que deben efectuarse con la finalidad de asegurar una defensa eficaz en el proceso, donde los derechos y obligaciones están discutiéndose en sede judicial, adicionalmente este mismo constitucionalista indica que esta garantía procesal otorga a la persona respeto de sus derechos en igualdad de condiciones.

Por lo expresado por SÁENZ DÁVALOS el debido proceso adjetivo indica la estructura de principios y derechos, que deben ser respetarse en un juicio justo. (1999, p. 483)

Desde nuestra perspectiva el debido proceso señala el camino como debe transcurrir un juicio desde su inicio hasta su finalización, esto es, que el debido proceso señala el iter procesal, señalando las pautas de intervención de las partes, en otras palabras, señala las reglas de juego, en este escenario el juez es el llamado para hacer cumplir estas reglas de juego. Ahora bien, si estas reglas no se cumplen sea por la actuación de una de las partes o del juez el proceso devendrá en inevitablemente en nulo, o será declarada nulo por inobservancia a las reglas procesales establecidas en la Constitución y la Ley.

Entonces como conclusión en este punto señalamos que el debido proceso es el conjunto de valores, reglas, presupuestos y principios que se deben tomar en cuenta en la celebración de un proceso.

#### **2.2.6.1.b. El debido proceso sustantivo**

El debido proceso sustantivo implica la coherencia que debe de haber en todo pronunciamiento jurisdiccional o extra jurisdiccional es un indicador que señala el estándar de las decisiones judiciales, ello quiere decir que el juez debe aplicar correctamente las reglas de valoración probatoria aplicar el derecho a un caso concreto y finalmente tomar una decisión justa, resolviendo el fondo de la materia controvertida.

El debido proceso esencialmente es comprendido como una finalidad no solamente como un instrumento ajeno al proceso, esta garantía constitucional debe garantizar a las partes la reivindicación de los derechos y sus intereses.

El debido proceso en sede administrativa también debe ser invocado para una adecuada tutela administrativa porque en esta sede también se resuelve conflictos buscando el respeto de los derechos estando en juego intereses del particular frente al del Estado, es por esta razón que en esta sede debe existir el debido proceso en la decisión materializada en acto administrativo que resuelve una situación jurídica puesta ante el conocimiento del funcionario público.

Es importante señalar que el debido proceso también tiene una regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y más precisamente en el artículo 8.1 donde en resumidas cuentas señala que el

debido proceso es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos judiciales y procedimientos no judiciales.

Esta garantía en materia penal debe ser observada en el ámbito judicial sino también por el ministerio público, esto es, en la recabación e investigación y realización de diligencias preliminares o actos de investigación para el esclarecimiento de un determinado hecho que reviste relevancia jurídica; con esto estamos diciendo que el debido proceso en materia penal debe coadyuvar la búsqueda de la verdad respetando las reglas mínimas. En conclusión, asumimos que el debido proceso en el proceso penal es considerado como la garantía más importante porque garantiza la tutela de bienes jurídicos imprescindibles y sensibles para el derecho como la vida y la libertad.

#### **2.2.7. Marco normativo:**

##### **2.2.7.1. Respecto a la prueba ilícita.**

###### **2.2.7.1.a. En el Código Procesal Penal**

Actualmente en nuestro Código Procesal Penal vigente la prueba ilícita está regulada en el título preliminar, artículo VIII, cuyo texto es el siguiente:

**A. Artículo VIII. Regula la legitimidad de la prueba**

**B. Artículo 159: La Utilización de la prueba**

###### **2.2.7.1.b. En la Constitución, Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.**

**A. Artículo 2.10 de la Constitución referido al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.**

B. Artículo 2.24.h de la Constitución referido a la libertad y seguridad personal establece lo siguiente:

C. Recurso de Nulidad N° 05-02-2008 de fecha 04 de mayo del 2009.

D. Sentencia del Tribunal recaído en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC de fecha 27 de octubre de 2010.

#### **2.2.7.1.c. Normativa Internacional**

A. Convención Americana de Derechos Humanos.

B. "Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

### **2.3. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **2.3.1. Prueba ilícita**

La prueba ilícita como se ha sostenido a lo largo del marco teórico de la investigación se configura en aquellas situaciones donde en su obtención se ha vulnerado algún derecho tutelado constitucionalmente o legalmente, una segunda situación donde se configura la prueba ilícita es cuando esta prueba previamente obtenida en forma ilícita se incorpora al proceso penal ocurriendo una segunda violación constitucional. Otra circunstancia donde se configura la prueba ilícita es cuando el juez valora la prueba ilícita y en merito a esta valoración dicta una sentencia condenatoria.

A partir de lo señalado anteriormente la prueba ilícita tiene dos concepciones, una primera concepción que se fundamenta en la protección de la constitución y los derechos fundamentales, y una segunda concepción hace referencia a la

eficacia de los agentes policiales en la investigación y la sanción administrativa disciplinaria a estos agentes si obtienen la prueba con alguna vulneración de los derechos fundamentales.

### **2.3.2. Reglas de exclusión**

Para excluir una prueba contaminada tanto la doctrina, la jurisprudencia han establecido una serie de reglas para que estos medios probatorios que provienen una fuente ilícita o en su incorporación se han infringido normas de carácter procesal deben ser expulsadas de estos se deriva las siguientes reglas de exclusión: afectación a las normas infra constitucionales, afectación a las normas constitucionales, afectación a las normas convencionales, afectación al proceso establecido para la incorporación de los medios probatorios, afectación en la valoración de los medios probatorios; estas reglas de exclusión tienen tres finalidades; la primera es expulsar del proceso penal dejando sin efecto jurídico en el proceso; la segunda es resguardar el debido proceso y una tercera es respetar los derechos fundamentales.

### **2.3.3. Debido proceso**

El debido proceso tanto en su componente formal como sustantivo lo que busca es la preservación de las normas constitucionales, son una especie de caparazón que protege los derechos fundamentales y también protege las reglas y los procedimientos establecidos para cada proceso y/o materia.

El debido proceso es la garantía más importante en todo proceso sea civil, penal, administrativo, laboral y otros; es un faro que ilumina todo el proceso desde el inicio hasta el final; definido desde la perspectiva doctrinaria





como un conjunto de garantías mínimas que encubre al imputado o al ciudadano de a pie que está sometido a un proceso, ello asegura una administración de justicia real, efectiva y sobre todo imparcial; asimismo, con esto se garantiza la seguridad jurídica y también garantiza que las resoluciones judiciales sean dictadas con la debida motivación en pruebas y en derecho.

El derecho al debido proceso es entendido como aquella garantía que tutela los demás derechos fundamentales y no solamente aquellos que se ejercen en la función jurisdiccional, sino también aquellas que ejercen en la función administrativa; y este mismo autor señala que el debido proceso tiene dos dimensiones (dos caras de la moneda): una dimensión material-sustantivo y otra dimensión adjetiva-procesal.

#### **2.3.4. Derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales son posiciones jurídicas a respetar por el Estado, en consecuencia y en una acepción más subjetiva los derechos fundamentales son las facultades y prerrogativas de importancia universal que amparan a los ciudadanos, siendo en un Estado constitucional regulado por la Constitución de cada Estado, y en los instrumentos internacionales; asimismo en el Perú los derechos fundamentales están regulados ampliamente en el artículo 2; sin embargo ello no limita a todos los demás derechos no considerados en este artículo, puesto que el artículo 3 de nuestra carta magna adscribe una clausula abierta en donde entraría a tallar cualquier otro derecho que por su contenido esencial sea considerado derecho fundamental.



### 2.3.5. Derecho a probar

El derecho a probar es un componente del debido proceso es decir es una manifestación implícita del principio del debido proceso, todo imputado de acuerdo a la teoría dinámica de la prueba debe probar que no cometió el delito y de esa manera reivindicar su derecho a la presunción de inocencia, por otro lado el Ministerio Público en merito a su Ley Orgánica y en merito a la Constitución Política del Perú soporta la carga de la prueba, esto quiere decir que el fiscal que busca condenar a un imputado debe acreditar su responsabilidad más allá de la duda razonable, estableciendo la certeza de la imputación, esta viene a ser la única posibilidad y el único escenario donde al imputado se debe imponer una pena.

Ahora bien, cosa distinta ocurre en el proceso civil dado que en este proceso existen demandante, demandado y el juez que cumplen tareas y funciones distintas en un proceso civil por ejemplo el demandante tiene una pretensión, postula una pretensión, y esta debe ser probada con medios probatorios idóneos y adecuados sean pruebas testimoniales, documentales o actuaciones procesales (inspecciones o periciales y otros) de la misma forma el demandado debe probar su contra pretensión acreditando fehacientemente que el derecho que invoca el demandante no se ciñe a la verdad ni a las normas vigentes; en este proceso ambas partes tienen igualdad de condiciones para probar sus pretensiones.

### 2.3.6. Derecho a la verdad

En la concepción filosófica el derecho a la verdad es comprendida como aquella búsqueda incansable de la realidad efectiva de los hechos incluso flexibilizando algunas garantías constitucionales, este derecho permite a los afectados encontrar la causa del porque el cómo, que, en que tiempo y en qué circunstancias se ha cometido el acto criminal; este derecho si bien es cierto no está regulado en la Constitución; sin embargo a través de una interpretación sistemática con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos podemos inferir que este derecho tiene un rango supra constitucional que va más allá de lo que protege la Constitución.

Este derecho nace a partir del "*ius cogen*" y con este derecho se ha llegado a conocer muchos crímenes de lesa humanidad, torturas, matanzas que han ocurrido en diferentes naciones a lo largo de la historia en el caso Colombia de las Fuerzas Revolucionarias (FARC) que han matado etnias completas de las poblaciones, del mismo modo en el Perú los terroristas que mataron a la población andina de Ayacucho, Cusco, Puno, con so pretexto de reivindicar derechos e intereses.

También este derecho ha permitido descubrir la verdad de las guerras civiles que han ocurrido dentro de una determinada nación; asimismo, ha permitido descubrir cuantas muertes y desaparecido se tuvo por las guerras mundiales; en suma este derecho a la verdad sirve para conocer y descubrir la realidad de los acontecimientos criminales e históricos a fin de que estos hechos no queden impunes y sean sancionados los responsables.



### 2.3.7. Proceso penal

El proceso penal es el conjunto de reglas y procedimientos que inicia desde la comisión del delito hasta la sanción del presunto responsable por esta comisión; en el caso peruano tenemos un Código Proceso Penal que establece etapas procesales tanto para la investigación, procesamiento; inicia con la etapa de diligencias preliminares en sede fiscal con simples datos de la comisión de un delito, una vez cerrada esta etapa continua con formalización de la investigación preparatoria que comprende desde la disposición de la formalización hasta la acusación y la otra etapa estelar es la etapa intermedia donde se da un filtro sustantivo y procesal a la investigación, esta etapa culmina con la emisión de un auto de enjuiciamiento donde la causa queda listo para ingresar al juicio oral y la otra etapa del proceso penal peruano es el juicio oral que inicia con los alegatos de apertura, continua con la actuación probatoria y culmina con los alegatos de cierre, quedando así la causa expedita para emitir sentencia; es así como se desarrolla el proceso penal desde la comisión del delito hasta el establecimiento de la responsabilidad del imputado.

### 2.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

La hipótesis es aquella respuesta preliminar que se construye cuando se inicia con la investigación; es decir, es una probabilidad (no certeza) muy cercana a la verdad; algunos autores lo conceptúan como aquella respuesta tentativa, (conjetura científica) que se plantea para responder concretamente a la pregunta central de la investigación y sirve como guía para llegar a las conclusiones.

Por estas consideraciones, en el caso concreto, la hipótesis de la investigación se construye en los siguientes términos:

#### **2.4.1.- Hipótesis general**

Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, deben considerarse los fines del Derecho Penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, del vínculo atenuado, del descubrimiento inevitable; es así que la prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso.

#### **2.4.2.- Hipótesis específicas.**

**A)** Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos:

A.- Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Deben considerarse los fines del Derecho Penal, C.- Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, D.- La prueba ilícita debe ser declarada judicialmente como tal para que no tenga efectos probatorios; y el fundamento, y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

**B)** En un estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están delimitados por las siguientes reglas: A.-

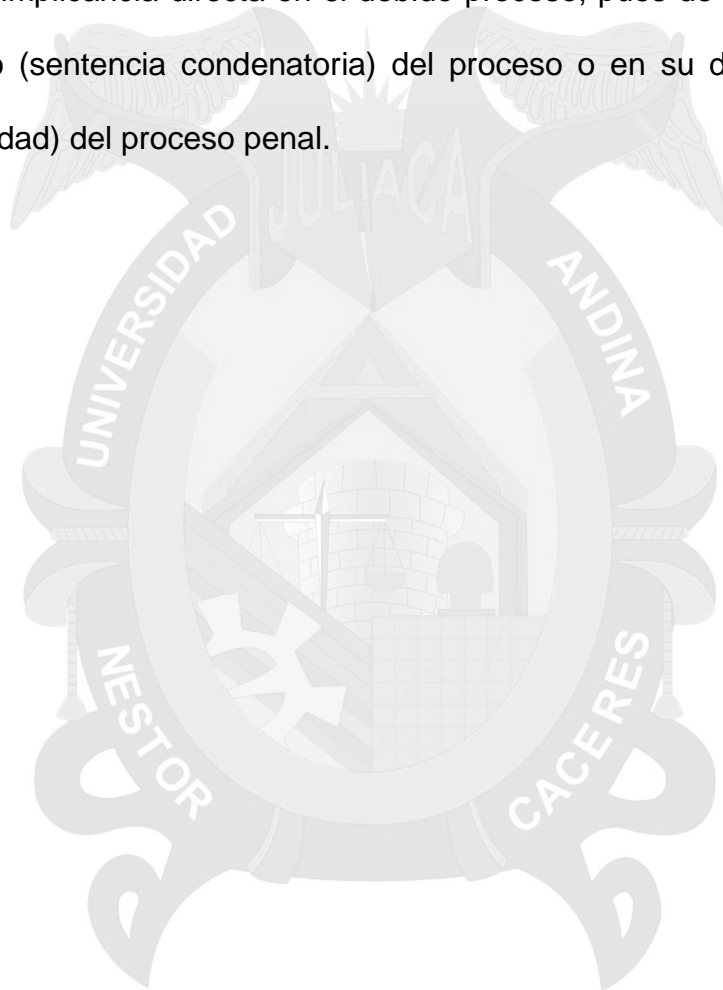
Fuente independiente, B.- Del vínculo atenuado, C.- Del descubrimiento





inevitable, D.- Derecho a la verdad; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.

- C)** La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.





## 2.3. OPERACIÓN DE EJE TEMÁTICO: Dimensiones, indicadores, método, técnica e instrumentos.

EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
“El debilitamiento de la REGLA de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal”.	1.- Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.	1.1. Afectación al debido proceso 1.2. Prueba derivada 1.3. Afectación a los derechos fundamentales, 1.4. Declaración judicial de la prueba ilícita, 1.5. Mala fe	1.- Método Sistemático	-Análisis de contenido	-Fichas bibliográficas.
	2.- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento.	2.1. Notoria realidad de los hechos descubiertos. 2.2. El vínculo atenuado, 2.3. El descubrimiento inevitable, 2.4. Buena Fe, 2.5 Fuente independiente, 2.6 Consentimiento.	2.- Método Dogmático	- Argumentación	-Fichas de análisis de contenido
	3.- La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.	3.1.- La prueba ilícita tiene una incidencia directa en el debido proceso penal, en su componente del derecho a probar.	3.- Estudio de casos (Jurisprudencias en conflicto)	-Parafraseo  -Interpretación  -Citas textuales  -Revisión Documental.	-Ficha de Resumen  -ficha de citas textuales.



## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. ENFOQUE Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1. Enfoque de investigación

La investigación desarrollada se enmarca dentro del enfoque cualitativo, a decir del profesor Muñoz Razo, (s/f) sostiene que la investigación cualitativa tiene como finalidad de inspeccionar, analizar e interpretar la realidad que es objeto de estudio empero no necesariamente para corroborarla. (p. 87)

Asimismo, este mismo autor sostiene que esta inspección se realiza recopilando toda la información relevante, de los mismos aflora unos resultados que permite formular ciertos puntos de vista y otros aspectos subjetivos que no se pueden contar solo se perciben; de ese modo se entiende la realidad en función de dichos puntos de vista subjetivos que fueron el resultado del análisis efectuado. (Muñoz Razo, 2011, p. 22).

En esta misma línea los profesores: TAYLOR y BOGDAN (1986), refieren que las investigaciones cualitativas no son deductivas sino inductivas, dando posibilidad a los investigadores de analizar y desarrollar definiciones que

tienen como base los datos que produjo la investigación comenzando por interrogantes vagamente formulados siguiendo un diseño de investigación flexible. (p. 7-8).

El estudio sigue la línea del enfoque cualitativo, dado que, analizamos e interpretamos la unidad de estudio: **“El debilitamiento de la REGLA de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal”**, para tal efecto desarrollamos los siguientes aspectos: (i) Las teorías de la regla de exclusión de la prueba prohibida y el fundamento de su debilitamiento, (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

### 3.1.2. Diseño de investigación

Según el especialista KERLINGER (1999), define al diseño de investigación como un plan estructurado para encontrar respuestas a las preguntas formuladas en la investigación. Del mismo modo el diseño es considerado la estructura básica de una investigación puesto que engloba todos los elementos de una investigación. En conclusión, para KERLINGER el diseño refleja la estructura del problema, como el plan a seguir para obtener una evidencia empírica. (Recuperado en fecha 03 de abril del año 2017, y disponible en <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>).

En la investigación se siguió el diseño: DOGMÁTICO (Estudio Dogmático y propositivo), dado que para concretizar los objetivos del estudio se recurrió a la teoría, doctrina, jurisprudencia, la ley penal, legislación comparada,

la disposición constitucional y la normativa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Nótese, que la investigación no utiliza indicadores de tipo cuantitativo ni estadístico, únicamente se enmarca en el estudio de la dogmática penal.

Ahora bien, refiriéndonos a los planos de la investigación, primero se enfocó en el plano teórico; al análisis de las teorías, doctrinas, jurisprudencia y la legislación, y por otro lado, se enfocó en el plano de la propuesta, para tal efecto hemos sugerido la inclusión de las reglas de exclusión, las excepciones a las reglas de exclusión en el rubro de la actividad probatoria del Código Procesal Penal.

### **3.2. OBJETO DE ESTUDIO**

El objeto o también llamado tema o asunto del estudio en una investigación lo constituye aquella parcela de la realidad jurídica procesal y material en la que centramos la atención para analizar, describir, comparar, e identificar la evolución de un problema en el ámbito jurídico; este objeto es el eje sobre la cual gira una investigación para conducirnos a un resultado que era desconocido o confuso al iniciar la investigación.

En consecuencia, el objeto de esta tesis es: la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal.

### **3.3. UNIVERSO DE ESTUDIO**

El ámbito de estudio de la investigación está conformado, por las teorías, doctrina, jurisprudencia y la norma penal referida a la prueba ilícita, para ello se





recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, ensayos y opiniones relevantes por parte de los juristas nacionales e internacionales.

Asimismo, para desarrollar la propuesta dogmática y legislativa se desarrolla en base al análisis efectuado de cada una de las propuestas doctrinarias desarrolladas y las líneas jurisprudenciales establecidas, por la Corte Suprema y la jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional.

### **3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

#### **METODOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

Para MARTÍNEZ ZORRILLA (2010) la metodología jurídica es el estudio y análisis de un procedimiento para llegar a establecer una respuesta jurídica; a ello se agrega lo referido por Álvarez (2002), para quien la metodología de investigación científica es el estudio y aplicación de recursos, técnicas y métodos a un proceso de investigación.

En esta misma línea, el profesor Héctor Fix-Zamudio (2007) la define como una actividad intelectual que tiene como finalidad encontrar una solución jurídica para el problema planteado en la realidad social que es cada vez más cambiante y dinámica lo que conduce a tener que profundizar en el análisis para adecuar nuestras normas a la realidad social que lo requiere.

#### **3.4.1.- Método en la investigación jurídica**

En palabras de la profesora DORA GARCÍA (2015, p. 2), señala que el método es un plan que se lleva a cabo para llegar a una conclusión o finalidad.

(Recuperado en fecha 04 de abril del año 2017, y disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>).

Todo investigador requiere del método, debido a que le permite obtener dos grandes ventajas: (i) ahorrar esfuerzos, ya que al seguir un método se evitan errores, debido a que previamente se ha determinado el procedimiento a seguir, y (ii) la certeza en la consecución de una finalidad, por la razón de que el método fue proporcionado por alguien que ya ha alcanzado el objetivo perseguido. (2001, p. 11-12).

También se puede entender el método como todo conjunto de procedimientos que ayudan a investigar y obtener un conocimiento técnico, ordenado y sistematizado además de perfeccionar los ya obtenidos.

En la investigación desarrollada los métodos que se utilizaron fueron los siguientes:

#### **a) El Método Dogmático.**

Según Zaffaroni (citado por Vidaurri, 2011) es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede paso a paso; primero se realiza un análisis gramatical de la norma, luego una descomposición de la misma hasta llegar a los elementos primarios para finalmente construir el sistema. Esta construcción dogmática permite a los jueces, fiscales y defensores alcanzar una solución coherente para aplicar a los casos particulares que se presenten. (p. 18).

En el presente estudio, la norma en análisis es el artículo 159° del Código Procesal Penal, referido a la utilización de la prueba, el procedimiento



que se sigue para la interpretación de esta norma procesal es el siguiente: **1)** lectura literal de la norma (Artículo 159 sobre la utilización de la prueba) **2)** procede descomponer esta norma extrayendo los elementos que son: primero la utilización de la prueba, segundo, el contenido esencial de los derechos fundamentales, a partir de estos el siguiente paso es subsumirlo al caso particular y, **3)** Construir una argumentación aplicando las reglas de exclusión probatoria ya que existe una prueba ilícita o prohibida. Asimismo aplicar la ponderación entre la afectación del derecho fundamental versus el derecho a probar y la finalidad procesal.

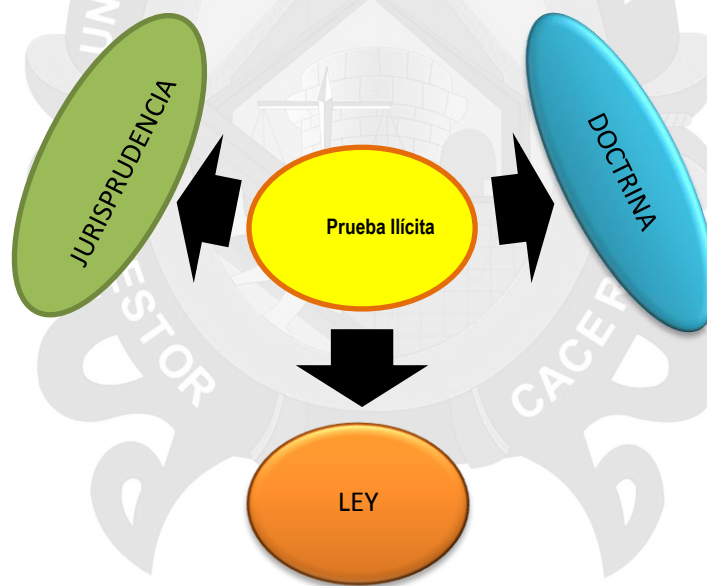
#### **b) El Método Sistemático.**

En palabras del profesor Víctor Emilio Anchondo Paredes (s/f) en su trabajo titulado *Métodos de interpretación Jurídica*, define a este método sistemático como: la interpretación que busca extraer de la norma un enunciado que exprese el contenido general. Cada precepto debe interpretarse de manera conjunta con los demás preceptos que son parte del ordenamiento jurídico.

Por su parte el Lic. Sergio Avilés Demeneghi define a la interpretación sistemática como un sistema que se presupone muy bien estructurado y coherente de modo que el estudio comparativo de algunos enunciados con otros dará claridad a cada norma, pues un precepto no debe tomarse en cuenta en forma aislada sino de manera conjunta. (Recuperado en fecha cinco de Abril del año dos mil diecisiete, y disponible en <http://www.tegroo.com.mx/sitio2007/tegroo/activos/pdf/articulos/2007/Los%20sistemas%20de%20interpretacion.pdf>).

En la investigación desarrollada el método interpretación sistemática se utilizó para 1.- Establecer los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento. 2.- Analizar las excepciones a la regla de exclusión y cuál es su fundamento; dado que para acreditar estos objetivos específicos se recurrió a las teorías planteadas por los juristas, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por los jueces de la Corte Suprema y la normatividad regulada en el Código Procesal Penal, y la legislación comparada.

El método sistemático, nos ayudó para desarrollar el tema materia de investigación en forma holística, desde las tres vertientes; legislación, doctrina y la jurisprudencia.



Este método en el ámbito del derecho recurre a los siguientes elementos: 1) tipificar la figura jurídica a la que hace alusión norma para su análisis e interpretación, y 2) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece.



### c) Estudio de Casos

Este método de investigación es de gran importancia para lograr un desarrollo de las ciencias sociales, toda vez que implica un análisis sistemático y a profundidad en los casos que a su vez son entendidos como entidades socioeducativas únicas.

El estudio de caso es una estrategia de investigación que comprende casos similares que puede analizar un solo caso o varios con un solo o distintos métodos para tener evidencia cualitativa con la finalidad de generar teoría.

Mediante este método se ha hecho mención a numerosas sentencias, jurisprudencias derivados de casos emblemáticos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, jurisprudencia que desarrolla sobre las prohibiciones de la prueba ilícita, sobre las excepciones a las reglas de exclusión, donde nos ilustran con pautas, señalándonos cuando estamos ante una afectación grave de un derecho fundamental, y cuando hay una afectación leve que incluso puede ser objeto de subsanación o convalidación.

Lo que a través de este método lo que se ha recabado son precisamente esas reglas de exclusión, y los supuestos de excepción desarrollados y abordados ampliamente en la jurisprudencia, y lo que la investigación pretendió es traer esas reglas para que estas sean positivizadas e incorporadas en el Código Procesal Penal.





#### Otros métodos:

1. Dogmático - argumentativo
2. Analítico – sintético.
3. Interpretación - sistemática

#### 3.4.2.- La técnica en la investigación jurídica

Una técnica resulta ser el análisis técnico-empírico que busca alcanzar un conocimiento sistemático empleando las fuentes de conocimientos jurídicos de forma que de ellos se logre obtener datos concretos. Asimismo, WITKER (1985) señala:

Hemos precisado que la técnica mira al actuar, concretamente al cómo hacer. En este contexto una investigación jurídica dogmática debe partir de un esquema provisional; un proyecto que determina la estructura básica de la investigación a realizar (p. 188).

En la investigación ejecutada se aplicó las siguientes técnicas de investigación:

1. Análisis de contenido
2. Revisión documental
3. Análisis del discurso jurídico.

#### 3.4.3.- Instrumentos de la investigación

Un instrumento de investigación es el soporte por el cual se recoge la información más relevante relacionada con las variables del estudio. Antes de



seleccionar cualquier instrumento debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

- **Objeto:** el objeto es lo que se quiere medir en una investigación donde existe una interrelación clara y justificada con las variables.
- **Regla de medida:** Es medir la información a recoger, sus valores, para poder interpretarlos posteriormente de forma adecuada.
- **Unidad de medida** si una variable tiene diferentes valores, los escalones entre un valor y otro deben ser representativos y proporcionados.
- **Construcción:** hace referencia a la existencia o no de un instrumento, pues si no existe un instrumento para recoger la información debemos construirlo. Ello implica un proceso de validación para que tenga rigor científico.
- **Selección:** en el caso de que existan instrumentos ya creados debemos elegir el que más se ajuste a lo que se pretende investigar.

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer y segundo componente se utilizó los siguientes instrumentos:

1. Fichas bibliografías
2. Fichas de análisis de contenido
3. Fichas de revisión documental

### 3.5. EJE TEMÁTICO Y DIMENSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

EJE TEMÁTICO	Dimensiones
Las REGLAS de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO	1.- Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.
	2.- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento.
	3.- La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

### 3.6.- PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente:

**Primero:** Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos. De las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo con el análisis de la Constitución Política del Estado referido a la prueba ilícita y los derechos fundamentales, Código Procesal Penal, y los instrumentos internacionales pertinentes, asimismo teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema materia de la presente investigación.

**Segundo:** En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos



datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica y propuesta del estudio.

**Tercero:** Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales sobre los planteamientos teóricos para *establecer y analizar las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión y que implicancias tiene en el debido proceso penal.*

Asimismo, se aplicó el método sistemático, a fin de abordar el tema de estudio en forma integral, desde las diferentes vertientes, para tener una visión general del tema, y llegar al estado de la cuestión, al debate central de la investigación y a partir del desarrollo y problematización plantear las propuestas de solución.

**Cuarto:** Los procedimientos antes señalados se realizaron con la única finalidad de conseguir los objetivos de la investigación, primeramente establecer los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; para ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para trasladar la información de los libros y las páginas virtuales (pdf) al marco teórico o los resultados de la investigación; ahora bien, para el segundo componente se planteó el siguiente objetivo; Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y cuál es su fundamento y como tercer componente de estudio tenemos; establecer qué implicancia tiene las reglas de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal, para



estos dos últimos se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo específico.

**Quinto.** - Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos, esto considerando como parámetros, el sistema de unidades y componentes, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.







## **CAPÍTULO IV**

### **EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

En este CUARTO CAPÍTULO de la investigación jurídica nos permitimos analizar los tres componentes de estudio: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento, (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento. (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal; los mismos que son analizados y debatidos a la luz de las teorías, doctrina, jurisprudencia, la Ley y el Derecho comparado.

Cada componente de estudio, persigue un determinado objetivo específico, una vez concretado los objetivos, es sistematizado y materializado en las conclusiones del estudio, y finalmente en base a los resultados obtenidos se plantea la propuesta de investigación.

En la presente investigación la propuesta es haber planteado una propuesta legislativa a fin de que las reglas de exclusión, y las excepciones sean incorporadas en el Código Procesal Penal, y más precisamente en el artículo 159. Por otro lado, también se ha sugerido la reforma del artículo 160



del Código Procesal Penal, a fin de que la valoración de la prueba ilícita sea causal de nulidad absoluta del proceso penal.

En este estado de cosas anunciamos el debate y la discusión respecto a los tres tópicos planteados en la investigación, lo que tenemos que anunciar es la tesis general de los tres componentes el mismo que lo hacemos afirmando categóricamente que las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben de ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso.

Esto es la tesis central con la que se inicia la discusión, y será la postura que se defenderá a lo largo del desarrollo en este capítulo cuarto, ahora bien, iniciemos con los postulados que presenta y propone la presente tesis de investigación, en materia jurídica, sobre la materia objeto de discusión, expulsión de la prueba ilícita.

## SECCIÓN N° 01

### 4.1.- PRIMERA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

**4.1.1.- *Identificar los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.***

**4.1.1.1.- Análisis de los planteamientos doctrinarios para establecer las reglas de exclusión.**

**Discusión y debate:**

**UNO.- Causales de exclusión probatoria por contravención constitucional y derecho fundamental.-**

Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se debe aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental:

A.- Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, E.- Afectación a la dignidad de la persona, F.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar derechos y obtener ventaja; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.



**DOS.- Prueba ilícita y nulidad del proceso.-** Como se ha señalado en el marco teórico de la investigación, una de las consecuencias directas del uso de la prueba ilícita en el juicio es la nulidad del proceso penal, y justamente para desarrollar este extremo de la discusión vamos a invitar al profesor CARBONELL (2012); quien sostiene en líneas generales que la justificación de que la prueba ilícita sea causal de nulidad del proceso se muestra cuando las autoridades violan derechos fundamentales, ¿pero dónde y cuándo? Ello en la investigación preliminar y en la investigación preparatoria, estos dos últimos en el proceso de obtención de elementos probatorios; también se da en la etapa intermedia incluso en el juicio oral, aquí la vulneración ocurre en el ofrecimiento y la actuación probatoria, ello debe ser neutralizada en la investigación misma a fin de evitar la nulidad procesal.

La nulidad es una sanción procesal, pero el asunto no debe quedar ahí sino también debe ejercerse una sanción a la autoridad policial por haber investigado y recabado elementos de convicción con afectación a los derechos, y esta sanción debe ser totalmente independiente, previo procedimiento administrativo disciplinario, que puede terminar en una suspensión del personal o la destitución del cargo. Ello con la finalidad de prevenir que los policías o agentes de investigación, grupos terna, que no sigan investigando vulnerando derechos fundamentales.

En los casos donde los medios probatorios se haya recabado desde un principio cometiendo irregularidades insubsanables y ella haya permanecido en el proceso hasta la sentencia, se observa una doble vulneración de los derechos constitucionales, el primero de ellos se da en la obtención de la



prueba ilícita, como ejemplo para este primer supuesto tenemos el ingreso a un domicilio privado sin autorización judicial o de una interceptación telefónica sin orden expreso del juez, y una segunda vulneración se da cuando esos elementos probatorios ilícitos se hayan incorporado en el proceso y aun así se hayan valorado dándole un valor probatorio y en base a ese dato se haya dictado una sentencia condenatoria. A partir de esta doble vulneración debidamente probada, debemos señalar que la primera vulneración es la que debe ser atacada en forma contundente hasta lograr su expulsión ello, no solo evitará la segunda vulneración si no que se evitará una sentencia condenatoria y probablemente una vez expulsado la prueba ilícita se dará por sobreseído el proceso. Finalmente, debemos señalar que la tutela de derechos juega un papel importante para la expulsión de un elemento probatorio en la fase de investigación preparatoria.

En este párrafo, corresponde señalar que la nulidad de la prueba abarca a dos dimensiones: el primero a la actividad probatoria, es decir a todo lo debatido y valorado y la segunda dimensión es a la prueba misma, sin afectar la actividad probatoria, expulsada la prueba continúa el proceso, como ocurre en el control probatorio de la etapa intermedia, donde se plantea la exclusión de la prueba por haber sido obtenido con afectación a un derecho sustantivo. Ahora, si la afectación se hubiera dado en la etapa del juicio oral entonces ahí cabe la nulidad de la actividad probatoria, porque lo que se cuestiona es su valoración de la prueba ilícita, y la consecuencia de ello es la nulidad de la actividad probatoria.





La incorporación de los elementos probatorios comprende la aportación de las fuentes y la proposición de los medios de prueba y finalmente, como acto procesal que integra el círculo tenemos a la valoración de parte del juez, para tomar la decisión final.

La nulidad de la prueba ilícita ha sido desarrollada en la jurisprudencia de los países norteamericanos donde se conoce como *exclusionary rule*, la misma que es concebida como una regla mediante la cual las evidencias probatorias, sean materiales o de otro tipo obtenidas mediante las fuerzas policiales con infracción a los derechos procesales constitucionales que están debidamente reconocidas en las cuatro enmiendas (cuarta, quinta, sexta o decimocuarta) de la Constitución Federal, no podrán ser valoradas por el juez en la fase decisoria del juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o la inocencia del imputado, dado que se vulnerarían los derechos constitucionales de todo imputado.

Para terminar con el análisis en este segundo punto, es menester mencionar una teoría que si bien es clásica, no deja de tener vigencia "*el fruto del árbol envenenado y/o contaminado*", la regla para esta teoría es que la prueba ilícitamente obtenida debe ser expectorada del proceso, asimismo, esta teoría sostiene que es completamente nulo todo lo que se deriva de una prueba ilícitamente obtenida, y pone una condición, con aquel que haya una conexión lógica entre la violación inicial y las pruebas adicionales. La cuestión importante para la comprensión de esta teoría es identificar esa conexión lógica existente entre una primera violación es decir en la obtención y de lo que finalmente puede derivarse de ella.



**TRES. - La utilización de la prueba ilícita,** en este tercer punto del debate cabe iniciar con una afirmación irrefutable; la utilización de la prueba ilícitamente obtenida, debe constituirse en una prohibición absoluta. Para esta afirmación surgió un debate acalorado entre los jueces que eran partidarios de la exclusión probatoria y los integrantes que seguían la doctrina tradicional, su defensor más importante era el Juez Benjamín NATHAM CARDOZO, este juez ha sentado una postura muy particular donde señala que cuando una prueba ilícita sirve para acreditar comisión del delito y al autor quien participo en la comisión del hecho, indica que debe de castigarse dos cosas hechos: como es lógico se debe castigar el crimen descubierto, al autor del delito, así como también al agente quien obtuvo la prueba ilícita. El sustento se basa en que un hecho delictivo no puede quedarse impune debe ser sancionado conforme a Ley, pero tampoco podemos permitir a los agentes policiales que cada vez que investigan que obtengan medios probatorios con violación a los derechos, ello también merece un castigo.

**CUARTO. - Análisis bajo la teoría del árbol envenenado.** - Esta teoría ha sido acuñada por el año 1939 por un juez llamado FRANKFURTER, ahora bien, el postulado principal de esta teoría se sustenta que la prohibición de valorar las pruebas ilegalmente recabadas comprende también, y/o alcanza a las pruebas que se han derivado de ella.

El principio antes mencionado se ha aplicado al resolver el caso NARDONE donde se ha delimitado que aquella prueba que ha sido adecuadamente ofrecida en la etapa de acusación fiscal, pero que este medio



probatorio nace a raíz de una obtención ilegal, dado que provenía de una interceptación telefónica que no ha sido autorizado judicialmente.

Al respecto el juez ha sido claro en sostener que el uso indirecto de la prueba prohibida que cuya fuente es ilegal no debe ser valorado bajo ningún argumento, porque al no poner freno a la prueba que tiene una fuente ilegal, constituiría un motivo para que muchos ofrezcan regular y adecuadamente una prueba prohibida, además sería incompatible con la ética y sería una enfermedad grave que destruya la libertad personal.

Ahora bien, RIVES (2010), este autor en el año 1964, realiza un análisis del famoso caso ELKINS, donde el Tribunal Supremo Federal, reconoció algo que era fundamental, para zanjar un debate que en ese entonces era polémico y el tribunal dijo: la prohibición de valorar el dato o el resultado de una prueba ilegítimamente obtenida constituye la forma más efectiva de controlar la arbitrariedad de los agentes de investigación o policiales; en la misma línea tenemos el caso CALABRA (1974), donde se señala claramente que la exclusión probatoria no es un derecho constitucional del imputado, sino es un remedio procesal regulada para proteger los derechos inculcados en la IV Enmienda Constitucional, además de prevenir las futuras ilegalidades e irregularidades de la policía.

Finalmente, en este punto cabe argumentar que la inadmisibilidad de la prueba prohibida tiene su sustento principal en generar una prevención general en los agentes policiales (una persuasión a los agentes policiales) a fin de que no acudan a métodos o técnicas de investigación que están prohibidos.

**QUINTO.- La Legitimidad y la legalidad de la prueba.-** recurriendo al Código Procesal Penal y más precisamente el Título Preliminar el artículo VIII.1, en ese precepto legal encontramos regulado el principio de legitimidad de la prueba, donde indica con suma claridad que únicamente será valorado aquel medio de prueba que haya sido obtenido e incorporado el procedimiento legalmente establecido, contrario sensu sostenemos que aquel medio probatorio que haya sido incorporado con violación a los procedimientos regulares no podrá ser regulado.

TALAVERA (2009), este connotado profesor, señala que el máximo intérprete de las disposiciones constitucionales precisamente en su sentencia recaída en el expediente N° 1014-2007-PHC/TC al interpretar el derecho a la prueba sustenta que la actividad probatoria debe ser constitucionalizado, ello con la finalidad de proscribir la violación al contenido central de los derechos fundamentales, eso al mismo tiempo implica que toda las transgresiones en la obtención, incorporación y la valoración de la prueba debe ser proscrito, con la finalidad de salvaguardar los derechos constitucionales.

**SEXTO. - Reglas de exclusión en la normatividad. -** sigamos analizando el Código Procesal Penal, este instrumento legal le denomina prueba prohibida ello justamente está regulada en el artículo (155.2), este precepto normativo menciona a dos tipos de prohibiciones: 1.- prohibición referida a los medios probatorios propiamente dichas y 2.- prohibición referida a los métodos probatorios. Y como ejemplo para ilustrar esta situación tenemos: los datos o hechos que un párroco guarda en razón de su secreto profesional de un culto religioso, no pueden ser incorporados como elementos probatorios en el





proceso penal, por más que ya no esté vinculado con la iglesia, ello en mérito al artículo 165:2: a del C.P.

Otras de las prohibiciones se extienden a la prohibición de ciertas actividades probatorias por ejemplo está prohibida el careo entre el imputado mayor de edad y la agraviada o víctima menor de edad, eso es un supuesto que está prohibido taxativamente probatoria, regulación que encontramos en el artículo 183.3 del Código Procesal Penal.

En ese sentido TALAVERA (2015), centrándose en los métodos probatorios que están prohibidas por la Ley, que evidentemente no pueden ser empleados porque hay técnicas o métodos que atentan los derechos o procedimientos constitucionales, por ejemplo aquellos métodos o técnicas que afectan la libertad de autodeterminación de los imputados o métodos que pueden alterar el ejercicio de recordar o valorar objetivamente ciertos hechos, la regulación de esta prohibición encontramos en el artículo 157.3 del Código Adjetivo.

**SIETE.- Concepto amplio de la prueba prohibida.-** En este punto se hará referencia a la concepción amplia y la concepción restringida de la prueba ilícita, para tal efecto vamos a recurrir al máximo intérprete de las normas constitucionales, y más precisamente al Expediente N° 2053-2003-HC/TC, donde se desarrolla la concepción amplia en los términos siguientes: la prueba prohibida es aquel que se ha obtenido o actuado con lesionar las garantías y derechos con violación a la constitución o la violación legal.





Y por otro lado tenemos a la concepción restringida, esta segunda concepción se define como aquellas pruebas ilícitas obtenidas, indirecta o directamente con quebrantamiento del contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado. (Art. VIII.2 T.P.)

**OCHO.- Efectos negativos (reflejos) de la prueba prohibida.-** Son aquellos medios probatorios que se producen por derivación directa de las pruebas que se han obtenido de manera ilícita, en si misma estas pruebas son lícitas, el asunto es que derivan o tienen una fuente ilícita en su obtención en el recojo; por ejemplo, tenemos aquella situación donde el imputado ha sido sometido a una tortura mediante violencia física y psicológica y mediante este método ha confesado donde se encuentra el producto o los hallazgos del delito, y con este dato el ministerio público ha recabado regularmente el producto o los efectos del delito, sin embargo la confesión ha sido realizado con tortura, por ello desde nuestro punto de vista ello no debe ser valorado ni incorporado al proceso penal.

Ahora bien, recurriendo a la doctrina norteamericana, esta doctrina, nos trae a colación el tema de los frutos del árbol envenenado, donde en resumidas cuentas se indica que es ineficaz la prueba prohibida, y esta eficacia debe alcanzar a los demás medios probatorios que se derivan de ella, pero que por sí misma son lícitas. Es decir, que estos medios probatorios tienen como causa – fuente a una prueba ilícita, teniendo como consecuencia que estos medios probatorios no deben ser valorados ni admitidos en el proceso penal.

TALAVERA (2015), el mencionado autor haciendo alusión al Código Procesal Penal, indica que las pruebas derivadas carecen de todo efecto legal,



ello por mandato legal regulada en el Título Preliminar del artículo VIII, no solamente ello sino no pueden ser utilizadas en un proceso sea penal o civil ello en el marco del Artículo 159 del Código Procesal Penal, la condición básica es que no debe ser obtenida ni directa ni indirectamente con transgresión al núcleo central de los derechos constitucionales.

**NUEVE. - Ponderando la eficacia del proceso en relación a la prueba ilícita en el derecho comparado.** - ahora bien, lo que respecta a la eficacia de una prueba ilícitamente obtenida, a nivel internacional se tiene que:

- ❖ En Estados Unidos la consecuencia de la valoración de la prueba prohibida es aplicar la regla de exclusión, es decir ante un supuesto de prueba ilícita se excluirá la prueba.
- ❖ En Italia la consecuencia jurídica es la inutilizabilidad de la prueba prohibida.
- ❖ En España la consecuencia de la valoración de la prueba prohibida es la declaración de ineficaz y/o nula la prueba prohibida.
- ❖ En Francia se sanciona con la nulidad la presentación de una prueba obtenida ilícitamente.
- ❖ En Alemania: se aplica la prohibición de valoración o prohibición de aprovechamiento.
- ❖ En el país de Portugal su consecuencia es la nulidad.
- ❖ En el país latinoamericano de Colombia la prueba prohibida es nula por lo tanto su ordenamiento jurídico la excluye de los medios de prueba legalmente obtenida.



- ❖ En Brasil resulta inadmisibile la prueba ilícitamente obtenida. ☞ En Chile se excluye la prueba prohibida.

**DIEZ. - Regulación de la prueba ilícita en las constituciones del Perú. -** En este punto de análisis vamos a referirnos concretamente a las constituciones del Perú para advertir su regulación, en primer lugar, tenemos, a la constitución de 1834 en su Artículo 156, señala que es inviolable el secreto de los caratas privadas inter partes: las que sean robadas o sustraídas de los correos, de los carteros o de sus conductores carecen de todo efecto legal.

Segundo; esta misma concepción, ha sido regulada o reiterada en las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979. Tercero, ahora bien, La Constitución de 1993 es más claro, al expresar que es ineficaz las pruebas recabadas con vulneración a los derechos fundamentales ello está regulada en el artículo 2.24.h) al prescribir que no tienen valor las declaraciones que han sido obtenidas con violencia, ya sea moral, psíquica o física, y adiciona que al que utiliza incurre en responsabilidad.

Asimismo, los documentos privados que hayan sido incorporados u obtenidas con violación a la norma constitucional no tendrán ningún efecto legal, ello está previsto en el artículo 2 inciso 10 de la Carta Magna.

Al cerrar este punto de análisis, debemos señalar en forma resumida que serán excluidas todas las pruebas prohibidas por Ley, y una prueba ilícita es una prueba que esta liminar-mente prohibida por la Ley, toda vez que tiene un origen ilícito, en consecuencia, no debe ser admitida.



**ONCE. - Instrumentos legales para controlar la prueba ilícita.** - En la legislación de Estados Unidos la solución se basa en suprimir la evidencia. Ahora, en el país latinoamericano de Chile la solución se basa en excluir la prueba, previa audiencia en la preparación del juicio oral (art. 276). En el país europeo de España en merito a su jurisprudencia nos señala que la prueba prohibida debe ser controlada en la etapa del control probatorio y el segundo momento para plantear su exclusión es el momento de valoración, es decir en el juicio oral.

Si bien el Código Procesal Penal, no regula taxativamente la oportunidad y el momento para postular la exclusión de la prueba ilícita, sin embargo realizando una interpretación sistemática tenemos que la exclusión de la prueba ilícita se puede plantear en tres momentos: primero en la investigación preliminar bajo la figura de tutela de derechos, segundo, en la etapa intermedia bajo la figura de exclusión probatoria en la audiencia de control de acusación, y un tercer momento para plantear la acusación es en el juicio oral, en la actuación probatoria.



## SECCIÓN N° 02

### 4.2.- SEGUNDA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

**4.2.1.- *Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento dogmático.***

**4.2.2.- Excepciones a las reglas de exclusión a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.**

**UNO.- *Excepciones a las reglas de exclusión;*** En un estado democrático y constitucional de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están enmarcadas dentro del principio de proporcionalidad de intereses, entre la protección absoluta de los derechos fundamentales frente al derecho a la verdad que implica el cabal conocimiento de la realidad de los hechos; los mismos que deben ser aplicadas verificando estrictamente las siguientes reglas: A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Urgencia y necesidad, H.- Consentimiento; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en el derecho a la verdad, y la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.

**DOS.- *Jurisprudencia norteamericana.*** En la jurisprudencia de Estados Unidos, el aporte en relación a la prueba ilícita está en haber desarrollado los estándares, para verificar bajo qué circunstancias se puede establecer que no existe relación entre la fuente ilícita primigenia y los medios probatorios posteriores, es decir en qué casos no existe esa relación entre una primera





vulneración y otros que aparentemente derivan de esa vulneración, en consecución de este objetivo es la que se plantean los siguientes estándares probatorios:

**2.1. Teoría de la fuente independiente.-** Esta teoría viene desde Norteamérica, ella indica que aquellas pruebas que derivan de una fuente diferente a una prueba ilícita y que no hayan sido contaminadas con alguna actuación de la policial, son perfectamente aceptables en el proceso penal para su valoración, en este caso estamos frente a una excepción ya que la prueba objetada no está directamente relacionada con pruebas anteriores porque deriva de una fuente independiente, es decir de una fuente limpia.

Esta categoría jurídica de la prueba jurídicamente independiente, advierte que existe la prueba ilícita, pero lo que hace es separar las pruebas y excluir aquello que es ilícita, para que no se valorada, a fin de que las demás pruebas válidamente admitidas sean valoradas conforme a ley. Lo que hace el juez es analizar si esa prueba es o no legal y si a través de esa prueba si puede desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

**2.2. Teoría de la conexión atenuada,** Las actuaciones posteriores que se realizan a partir de la prueba ilícita van perdiendo la intensidad, los efectos venenosos se van subsanando, la propagación del vicio se atenúa o diluye ya por completo.

En esta teoría se advierte que una persona arrestada ha sido puesta en libertad, después se presenta a confesar en forma voluntaria sobre los hechos. Ejemplo: se da el caso que primeramente es recibida la declaración de un



testigo, pese a que la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, es decir el allanamiento no ha sido autorizado judicialmente, porque es brindada libre y espontáneamente por él, donde no media error ni dolo, entonces se convalida la prueba.

Al respecto, Fidalgo Gallardo (p. 441-442), el mencionado profesor señala tres criterios para identificar en qué circunstancias se configura la teoría de la conexión atenuado, los mismos que desarrolla de la siguiente manera: a) el primer criterio adopta un elemento temporal, donde señala que el tiempo que ha transcurrido de la primera ilicitud probatoria respecto de las pruebas derivadas, a mayor tiempo transcurrido es lo más probable que el juez admita la prueba derivada. b) el segundo criterio plantea un elemento factico, donde se indica que, si los acontecimientos entre la primera prueba ilegal y la prueba derivada es extensa, es probable que sea admitida por el juez, pero si los acontecimientos es corta entonces lo más probable es que se inadmitida. c) el tercer y último criterio que plantea el autor está referido a la gravedad, donde se indica que si ha sido grave e intensa la violación de la prueba ilícita entonces es lo más probable que se extienda a los demás medios probatorios que derivan de ella, y en estas circunstancias es muy difícil que se admitida por tener frutos contaminadas; d) por derivación de una fuente de prueba ilícita.

**2.3. Teoría del descubrimiento inevitable,** Esta teoría se utiliza cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que ineludiblemente se hubiesen presentado, se puede llegar por otro camino, a través de pruebas alternativas. (Hairebedián, 2002, p. 73).

En la jurisprudencia norteamericana este supuesto ha sido desarrollado en el caso NIX vs. WILLIAMS (467 U.S. 431 (1984).), en este caso se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (sin perjuicio de que se ha excluido la confesión misma), si bien el dato de la confesión era clave, sin embargo, haciendo una exhaustiva investigación se hubiera llegado a los mismos resultados.

**TRES.- Límites a las excepciones de las reglas de exclusión probatoria.-**

La jurisprudencia ha estipulado ciertos límites una especie de "límites de los límites", este supuesto se configura por ejemplo cuando una persona presenta una declaración jurada afirmando categóricamente algo, sin embargo esta declaración jurada carece de elementos que los pueda corroborar, carece de base probatoria, en otras palabras no hay indicios que los pueda acreditar como tal, en estas circunstancias no se puede admitir esta declaración jurada por mas legalizado que este. Los límites se configuran cuando el juez en una determinada cuestión carece de neutralidad respecto aun caso, o también se puede presentar en una situación donde en una ejecución de la orden judicial existan graves defectos, en estos casos simplemente se deja sin efecto porque en la ejecución de la orden judicial se han cometido una serie de atentados contra los derechos fundamentales.

**CUATRO. - Apuntes necesarios de la Excepción a la regla.** - El primer apunte necesario lo encontramos en el caso JACOBSEN de 1984, la sentencia recaída en este caso señala que la regla no debe aplicarse a aquella prueba ilícita que haya sido obtenida por personas particulares, un caso típico es cuando los particulares logran obtener registros privados para generar



convicción en el juez. (**Excepción por obtención de la prueba por particulares**)

Otro apunte importante tenemos señalado en el caso BRUALY (1967), señalando que es completamente admisible aquel medio probatorio que haya sido obtenido en forma ilícita por la policía extranjera, ejemplo la policía mexicana obtiene la prueba ilícita por disposición de la policía americana, ello puede ser valorada por el juez, ya que la ilicitud es cometida por otra dependencia policial que no es de la jurisdicción nacional. (**Excepción por la obtención de la prueba por la policía extranjera**)

Ahora bien, en este punto cabe desarrollar una de las excepciones a la regla muy importantes denominada **la excepción de buena fe**, esta teoría admite perfectamente las pruebas obtenidas por los agentes policiales, y la condición básica para que ello ocurra es que su actuación policial haya sido razonable y que su creencia sea el obrar dentro de la legalidad (una sana ignorancia).

Esta doctrina es interesante pero también tiene sus riesgos, un ejemplo clásico tenemos en la sentencia del caso MICHIGAN vs. DE FILIPPO, en donde se admitió una prueba de registro domiciliario sin la autorización judicial, pero los agentes policiales actuaron en la confianza de una determinada Ley que posteriormente ha sido declarada inconstitucional.

En otras circunstancias, las pruebas obtenidas como por ejemplo los registros incorporados incluso teniendo serias irregularidades, fueron admitidas ello justamente porque los agentes policiales han obrado de buena fe en la





obtención, pensando siempre en la buena fe, incluso respaldados con un mandato judicial.

Por ultimo tenemos la excepción **por efecto reflejo de la prueba ilícita**, esta excepción esta materializada en el caso WONG SUN en 1963, el elemento determinante de esta teoría es la confesión voluntaria, dado que esta confesión voluntaria logra independizar jurídicamente de aquella prueba que ha sido obtenida con vulneración a los derechos constitucionales, dado que el imputado decidió regresar voluntariamente a la dependencia policial para realizar su confesión, este acto atenúa y/o rompe la cadena de las evidencias, en ese sentido la confesión debe ser perfectamente valorado admitido por el juez de la causa.

**CINCO.- Intensidad de la infracción en la obtención de la prueba ilícita como criterio para determinar su exclusión o su valoración.-** para desarrollar estas ideas invitamos al profesor RIVES (2010), quien sostiene nuevos criterios o elementos que se debe tener en cuenta a fin de tomar una decisión que puede implicar la condena o absolución a un determinado imputado, el ingrediente más importante para tomar de decisión de si procede o no la exclusión de una prueba ilícita, es la intensidad de la infracción provocada en la incorporación de la fuente de la prueba ilícita. Para ello hay que hacer una ponderación entre todos los elementos en juego, entre la intensidad de la intromisión a la esfera íntima de las personas y entre la eficacia del proceso Penal, optimizar la persecución y la sanción penal.

Este examen es importante, para determinar la exclusión de una determinada prueba ilícita por la grave afección a un derecho fundamental o en



su defecto aplicar la excepción a la regla probatoria por la mínima afectación al derecho constitucional y postular válidamente al proceso penal para que sea valorada.

**SEIS. - Excepciones a las reglas de exclusión: fuente independiente.** - Un vacío profundo que aqueja a nuestro Código Procesal Penal, es que si hacemos una lectura literal de todos los artículos que contiene, no vamos a advertir ninguna regulación respecto de las excepciones a las reglas de exclusión probatoria.

Y todo lo contrario ocurre en el Código Procesal Penal de Colombia, donde en su artículo 455 establece claramente que para los efectos del artículo 23 se deben considerar las siguientes reglas o elementos: 1.- El vínculo atenuado, 2.- La fuente independiente, 3.- El descubrimiento inevitable y 4.- los demás que establezca la Ley.

Y justamente mediante esta investigación, se propone la incorporación de estos y los demás supuestos de excepción a las reglas de exclusión en el Código Procesal Penal, a fin de optimizar la regulación y facilitar la interpretación en el juez, y a fin de evitar pronunciamientos contradictorios como ocurre en la actualidad.

**SIETE.- Excepciones a las reglas de exclusión: el descubrimiento inevitable.-** Esta es una teoría que sostiene que si bien la prueba es ilícita (totalmente probado su condición), por derivar de una fuente envenenada, en mérito a la teoría del árbol envenenado esta prueba sería excluida, sin embargo el hecho que se prueba o acredita con esta prueba ilícita, igualmente ha podido



ser probada por otros medios probatorios incorporados en el proceso, tal es así que este medio probatorio debe ser admitido, porque sin o con este medio probatorio se puede acreditar el hecho y consiguientemente dictarse una sentencia condenatoria, en eso consiste esta teoría del descubrimiento inevitable.

En este caso, la teoría parte de la idea que se tiene certeza absoluta de que la prueba obtenida tiene un origen ilegal, y que si lo sometemos e interpretamos en razón a la teoría del árbol envenenado sería inadmisibles, pero bajo la teoría del descubrimiento inevitable la prueba derivada se considera admisible, porque el hecho que se pretende probar igualmente sería acreditado o descubierto inevitablemente por otros medios lícitos, por la jerarquía y el estándar de correspondencia y preponderancia de las pruebas.

**OCHO.- Excepciones a las reglas de exclusión: Teoría de la conexión atenuada.-** La teoría materia de análisis implica que si las violaciones originarias a los derechos fundamentales son muy lejanas o casi ha desaparecido su relación con las pruebas posteriores (que a partir de ello se han derivado), entonces debe admitirse la prueba derivada, es decir que la propagación de sus efectos a disminuido o se ha atenuado, la relación entre la prueba ilícita y la prueba derivada ya no es intensa ni directa sino muy lejano, en esos supuestos opera la teoría de la conexión atenuada.

Uno de los requisitos que se debe tomar en cuenta es la falta de intermediación entre los actos violatorios originarios y los actos posteriores. Un último aspecto que se debe tener presente al momento de evaluar y aplicar

esta teoría es la gravedad entre la violación originaria y la naturaleza de las pruebas que se han derivado, pruebas actuales.

**NUEVE.- *Excepciones a las reglas de exclusión: Teoría de la buena fe.***

Esta teoría sustenta su postulado en el error y la ignorancia, es verdad que en algunas ocasiones hay allanamientos y pesquisas por parte de la policía nacional se realizan por error involuntario vulnerando así las garantías constitucionales del debido proceso, en ese caso existió buena fe de parte de los policías que realizan el allanamiento, ellos no se percataron si hubo o no autorización judicial para ello, lo que se valora aquí es la buena fe de los funcionarios públicos por encima de la vulneración.

Esta teoría fue desarrollada en el caso *United States v. León* donde se señaló con claridad que esa teoría consiste en la posibilidad de valorar las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos constitucionales, siempre que esta haya sido realizada sin mala intención, ello en la generalidad por error o ignorancia. En este supuesto es perfectamente admisible incorporar un acta de allanamiento que no se sustenta en la autorización judicial, tal situación ha sido ignorada por la policía.

**DIEZ. - *Ponderación de intereses.*** - Esta teoría es desde nuestro punto de vista la más importante, ¿Qué indica esta teoría?, indica que antes de admitir o desechar un medio probatorio se debe realizar una ponderación entre dos intereses o derechos igualmente importantes: esto es, entre el derecho de la verdad, que implica la averiguación de la verdad y la tutela judicial efectiva, que implica el acceso a la justicia.



En tal sentido, aquellos medios probatorios que hayan sido obtenidas con violación de derechos o bienes jurídicos en menor grado, deben ser admitidos. Ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas, penales que darían lugar a la persona que realizó dicha vulneración al obtener un medio de prueba. Ahora bien, la ponderación es la manera cómo se aplican los principios constitucionales, es decir, las normas tienen en su estructura mandatos de optimización que deben ser correctamente ponderados; asimismo, ponderar consiste en establecer e identificar cuál es el peso específico de los principios que están en juego, la misma que debe ser resuelto aplicando los sub principios; necesidad, idoneidad y la proporcionalidad.

**ONCE.- ¿Que teoría adopta nuestra jurisprudencia peruana?.-** La jurisprudencia peruana se manifiesta con la Ejecutoria Suprema recaída en R.N. N 4826-2005 de fecha 19 de julio de 2007, donde se alinea a la teoría del vínculo atenuado, señalando en resumidas cuentas que se atenúa la regla de exclusión probatoria, por ejemplo cuando una prueba se obtenga sin autorización judicial, para ello esta jurisprudencia exige como condición básica, que debe acreditarse (fehacientemente) es que antes del registro domiciliario ya existía suficientes indicios para poder allanar el domicilio, si es que se hubiera solicitado el juez igualmente lo hubiera autorizado, lo más importante en esta sentencia que debemos mencionar es que esta jurisprudencia plantea unos criterios interesantes para solucionar los problemas que se presentan en los casos concretos, los mismos son: 1. Ponderación de intereses en conflicto, 2. Teoría del ámbito jurídico, 3. Proporcionalidad y 4. Caso probable.

## SECCIÓN N° 03

### 4.3.- TERCERA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

**4.3.1.- *Analizar qué implicancia tiene la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal.***

**4.3.2.- La prueba ilícita y su implicancia con la garantía procesal del debido proceso.**

**UNO.- *Prueba ilícita y el debido proceso.***- La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.

La obtención y la incorporación de la prueba son componentes esenciales del debido proceso, tal es así que ante el defecto de ésta, la consecuencia directamente se manifiesta en el proceso, en razón que su finalidad se ve perturbada, desviada de su cauce normal; si una prueba es ilícitamente obtenida pero se incorpora lícitamente en el proceso penal evidentemente vulnera el derecho fundamental, sin embargo, hay medios probatorios que se debe incorporar pese a tener algunos defectos, ello aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad en el caso concreto.

**DOS.- *La prueba como elemento del debido proceso.***- aquí cabe reflexionar sobre la prueba que en palabras del profesor Juan Colombo es un elemento importante del debido proceso, tal es así que al fallar o dictar la sentencia en un





proceso el juez de la causa debe estimar la sentencia llegando a la verdad material, en su defecto debe dictar una sentencia absolutoria.

La base de una sentencia está constituida por los hechos probados por las partes, ello se da a partir de la actividad probatoria; y si los hechos en el proceso no son debidamente probados, la consecuencia es que no genere convicción en el juez, y por ende se dicte una sentencia absolutoria. Ahora bien, el concepto del debido proceso no es un concepto retorico, sino que es una garantía constitucional que indica que la prueba debe ser adecuadamente ofrecida, admitida y valorada por el órgano jurisdiccional, y otorgar a las partes procesales el derecho irrestricto de probar sus pretensiones y las pruebas de descargo, para que el juez en base a las pruebas postuladas valore adecuadamente y dicte la sentencia que corresponda.

**TRES.- El derecho a probar.-** En este punto lo que se destacar es el derecho a probar que tienen las partes en un proceso, es un derecho constitucional, pero ello no quiere decir que sea absoluto, sino tiene sus limitaciones, por ejemplo una prueba ilícita no podría ser admitida, puesto que se aplicaría una regla de exclusión probatoria.

Al respecto, ponemos un ejemplo, si estamos una prueba que cuya obtención es ilegal entonces esta prueba no debe ser partícipe del proceso, debiendo ser excluida de plano, puesto que un debido proceso se caracteriza justamente porque los medios probatorios pasan varios filtros hasta llegar a la etapa de valoración probatoria, entonces concluimos en este punto señalando que el derecho a probar cede frente a otros intereses o valores

constitucionalmente protegidos. En consecuencia, el derecho a la prueba puede ceder frente a otros valores.

**CUATRO.- La actividad probatoria.-** La actividad probatoria forma parte de la actividad procesal, en nuestro modelo procesal lo encontramos en el juicio oral, esta es la etapa procesal donde se da con intensidad la actividad y el debate probatorio, y toda la actividad procesal debe estar sujeta al principio de legalidad, obtención, ofrecimiento, admisión y valoración, si uno de estos procedimientos fallara, el proceso devendría en nulidad.

Las partes pueden aportar absolutamente todos los medios probatorios, la limitación en que estos medios probatorios no deben afectar los derechos fundamentales, debe tener una fuente lícita, porque la prueba ilícita devendría en exclusión o nulidad del proceso que puede ser incluso declarado por la corte suprema.

**CINCO.- Principio de libertad probatoria.-** Este principio indica que las partes en el proceso tienen toda la libertad, la amplia libertad para probar sus afirmaciones, o para la parte contraria negarla aportando medios probatorios que es permitido por la Ley y la constitución, las únicas exigencias de un medio probatorio es que sean útiles, pertinentes y conducentes, ellos son los presupuestos para que los medios probatorios ingresen al proceso, este principio impone a las partes la carga probatoria, en un modelo procesal dinámica ambas partes tienen la obligación probatoria, sin embargo debemos indicar que el ministerio público es la que tiene la carga de la prueba en nuestro modelo procesal.



En este orden de ideas, este principio exhorta a las partes a emplear cualquier medio de prueba, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ahora si estos medios probatorios vulneraran en un hipotético caso los preceptos constitucionales en ese caso, debe ser excluido por afectación a la constitución y los derechos fundamentales.

En este punto, lo que hay que destacar es que en un estado democrático de derecho lo que se prioriza es la búsqueda de la verdad, y otros sostienen que el objetivo del proceso no es la búsqueda de la verdad sino poner fin al conflicto tal como está indicado.

Finalmente, cabe destacar que, ante la incorporación de una prueba ilegal, su consecuencia es la exclusión probatoria, eso es la solución a una situación de vulneración a los derechos fundamentales, ello tiene su sustento en la Constitución Política del Perú. Esta libertad probatoria debe ir de la mano con probar o incorporar medios probatorios lícitos aceptados por el ordenamiento juicio.

**SEIS.- Buena fe y lealtad procesal en la prueba.-** Un proceso sea penal civil o de cualquier otra índole debe llevarse bajo los parámetros de la Ley, eso es la exigencia de un Estado democrático de derecho, donde en un proceso ambas partes, contendientes tengan la posibilidad de probar cada uno de sus pretensiones, sean civiles o penales, el proceso en realidad gira en base a la prueba que es un elemento indispensable, no puede existir sentencia sin medios probatorios. Sin embargo, en el proceso hay sujetos procesales que se manejan o que recurren al órgano jurisdiccional de mala fe, con intenciones negativas, para hacer valer pretensiones con pruebas ilegales, esto debe ser

controlado en última instancia por el juez de la causa, si bien en el sistema acusatorio el que debe probar y controlar la prueba son las partes en forma recíproca.

Con el principio de buena fe y lealtad en el proceso implica desterrar conductas maliciosas y temerarias de las partes el proceso debe transcurrir con suma cordialidad donde se respete todas las garantías procesales, se debe evitar cualquier acto fraudulento o actuación oscura de una de las partes procesales, lo que ocurre en la práctica judicial es que las partes muchas veces guiados por los abogados van al proceso, pero cargada de ideas de mala fe, este es un hecho que debe ser cambiado.

**SIETE.- Necesaria distinción entre pruebas ilícitas y pruebas ilegales y la implicancia en el proceso.-** En este escenario es importante destacar una distinción básica de lo que se llaman las pruebas ilícitas y las pruebas ilegales, esta es una clasificación de la prueba ilícita, entre estas dos figuras mencionadas se presentan diferencias tanto sustanciales como diferencias procesales los mismos que a continuación vamos a desarrollarlas.

Apuntando directo al grano señalemos que la diferencia sustancial, la prueba ilícita es un antivalor que se produce como con violación a los derechos, libertades y las garantías contempladas en la Constitución política del Perú, es decir nace con vulneración a la normatividad constitucional o supra-constitucional. Ahora bien, la prueba ilegal es comprendida como aquel medio probatorio que se ha obtenido no respetando los requisitos que exige la norma, su nacimiento se ha dado vulnerando la Ley, es decir surge por no cumplir los requisitos que exige la Ley para la práctica de la prueba





correspondiente, ambas pruebas detectado su irregularidad deben ser expulsadas de un proceso penal.

**OCHO.- Causales de inadmisibilidad de los elementos probatorios.-** La prueba en un proceso penal cumple una función trascendental de probar las afirmaciones, sin embargo los medios probatorios deben cumplir ciertos requisitos como la utilidad, pertinencia y conducencia, en caso de que no cumplan estos requisitos simplemente no serán admitidas, en este orden de ideas señalemos de modo general las causales de inadmisibilidad de los medios probatorios: (a) Aquellos medios de prueba que no acreditan ningún hecho afirmado de las partes en el proceso, es decir no es útil; (b) Hay medios probatorios que se incorporan al proceso, pero que estos medios probatorios prueban hechos que no son controvertidos; (c) medios probatorios que no tienen incidencia en la decisión, es decir un medio probatorios que no afecta el posible contenido de la sentencia final, en otras palabras son redundantes; (d) hay medios probatorios que pretenden probar hechos muy evidentes y notorios y; (e) medios probatorios que no coadyuvan a probar el objeto del proceso, apuntan a otra dirección.

**NUEVE.- Limitación a la regla de exclusión y el debido proceso.-** Una de las manifestaciones de la limitación a las reglas de exclusión probatoria es conceder la posibilidad valorar aquellas pruebas ilegales que han sido incorporadas en el proceso penal, por ejemplo una de ellas es el descubrimiento inevitable, que fue desarrollado en el segundo componente de la presente investigación.



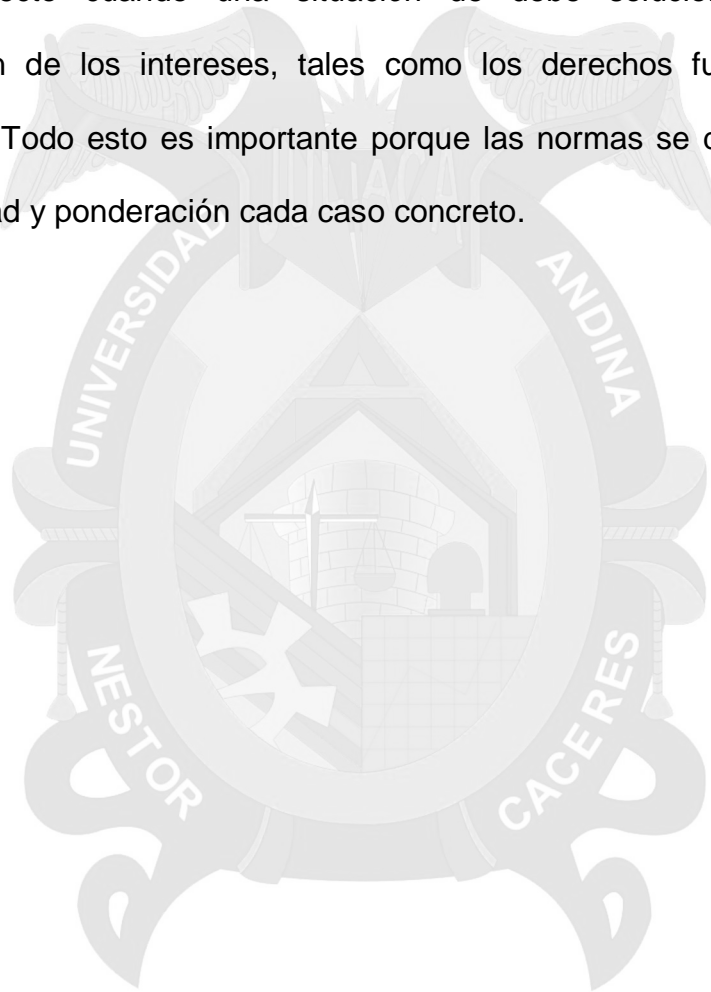


Como hemos señalado en los párrafos anteriores, en un mundo del debido proceso no se pueden valorar aquellos medios probatorios que se han obtenido con vulneración directa de las garantías procesales, en otras palabras el debido proceso constitucional prohíbe al funcionario público (juez) valorar las pruebas ilícitamente obtenidas para dictar o emitir una sentencia final, especialmente aquellas pruebas, como las declaraciones obtenidas como consecuencia de las graves torturas, maltratos físicos, tratos inhumanos y degradantes. Esta garantía procesal es un límite para que el proceso se desenvuelva dentro del marco constitucional y legal.

**DIEZ.- Justificación del uso de las excepciones y el debido proceso.-** Las excepciones a las reglas de exclusión probatoria implican el uso y la valoración de una prueba incorporada con afectación del debido proceso penal, ¿esto con que finalidad?, ello se hace con la finalidad de afianzar y generar la eficacia del proceso penal (sistema penal) en la persecución del crimen, esto es muy importante dado que en la actualidad el derecho penal debe enfrentar la criminalidad organizada, y es necesario flexibilizar el uso de las reglas y pruebas que se han obtenido con vulneración de derechos. Para tal efecto el uso de las excepciones como del “descubrimiento inevitable, fuente independiente y vínculo atenuado”, es totalmente justificado, y hay que valorarlas como tal en casos concretos donde se está procesando a un integrante de la organización por ejemplo en un caso de sicariato, si bien esto no es regla general, pero en casos particulares se debe utilizar tales excepciones.



Ahora bien, también se debe tener en cuenta que el juez debe usar su amplia experiencia para valorar estos aspectos, y decidir cuándo debe excluir o no un medio probatorio. Para ello tiene tres reglas sagradas denominadas: máximas de experiencia, la sana crítica y la libre valoración de la prueba, ello para establecer cuando estamos ante un supuesto de nexo causal atenuado, o en su defecto cuando una situación de debe solucionar mediante la ponderación de los intereses, tales como los derechos fundamentales del procesado. Todo esto es importante porque las normas se deben aplicar con razonabilidad y ponderación cada caso concreto.





## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso.

**SEGUNDA:** Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se debe aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental: A.- Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales,



D.- La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, E.- Afectación a la dignidad de la persona, F.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar derechos y obtener ventaja; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.

**TERCERA:** En un Estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están enmarcadas dentro del principio de proporcionalidad de intereses, entre la protección absoluta de los derechos fundamentales frente al derecho a la verdad que implica el cabal conocimiento de la realidad de los hechos; los mismos que deben ser aplicadas verificando estrictamente las siguientes reglas o supuestos de excepción: A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Urgencia y necesidad, H.- Consentimiento; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en el derecho a la verdad, y la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.



**CUARTA:** La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.

La obtención y la incorporación de la prueba son componentes esenciales del debido proceso, tal es así que ante el defecto de ésta, la consecuencia directamente se manifiesta en el proceso, en razón que su finalidad se ve perturbada, desviada de su cauce normal; si una prueba es ilícitamente obtenida pero se incorpora lícitamente en el proceso penal evidentemente vulnera el derecho fundamental, sin embargo, hay medios probatorios que se debe incorporar pese a tener algunos defectos, ello aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad en el caso concreto.





## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se sugiere modificar el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de que sea regulada taxativamente: incorporando un cuarto supuestos de aplicación: **4.- Para excluir la prueba ilícita se verificará las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas probatorias, y realizar un adecuado test de ponderación.**

**SEGUNDA:** Se sugiere realizar el test de proporcionalidad, a fin de evaluar su admisión al proceso penal, esta ponderación se realizara entre los derechos que entran en conflicto en un caso de admisión o inadmisión de un determinado medio probatorio, por ejemplo en un caso concreto se puede presentar conflicto entre el derecho a la verdad y la vulneración a un derecho fundamental, ello debe ser solucionado por el órgano jurisdiccional, este órgano deberá motivar adecuadamente porque está aplicando una regla de exclusión o en su defecto porque está aplicando una excepción a la regla de exclusión probatoria.

**TERCERA:** Se sugiere incluir como supuestos de nulidad absoluta del proceso penal a la utilización de la prueba ilícita en el artículo 150 del Código Procesal Penal del 2004, en los siguientes términos:

*Nulidad de prueba ilícita. Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo.*



*También serán nulas las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud.*

*No se considerará violatoria de derechos humanos y fundamentales aquel dato o prueba que provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas.*

**CUARTA:** Se sugiere la modificatoria del artículo 159 del Código procesal penal en los siguientes términos: Proponer la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal, en los términos y condiciones siguientes: **“Artículo 159 Utilización de la prueba.** 1. El Juez no podrá valorar ni utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 2. Reglas de exclusión: A.- La ilicitud en la obtención y la incorporación comprometa el debido proceso, B.- Prueba derivada a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La prueba ilícita para que no tenga efectos debe ser declarada judicialmente, E.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita con la finalidad de generar derechos y obtener ventaja. 3. Excepciones a las reglas de exclusión: El juez al momento de aplicar las reglas de excepción deberá realizar un test de ponderación entre los derechos en conflicto. A.- Notoria realidad de los hechos



descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Consentimiento. 4. Test de ponderación. - Tanto para aplicar las reglas de exclusión como para aplicar las excepciones a las reglas de exclusión el juez deberá realizar la ponderación.





## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALCAIDE, J.M. (2012) *La exclusionary Rule de E.E.U.U. y Prueba Ilícita Penal de España*. (Tesis doctoral) Barcelona – España.
2. ÁNGELES, L.V. (2009) *Conceptos Básicos de la Teoría de la Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Iuris Lex Societas.
3. ANSELMINO, V. (2012) *Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal*. ANALES Nº 42 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.
4. BRAVO, R. (2010) *La Prueba En Materia Penal*, (Tesis de Post grado) Cuenca-Ecuador.
5. CAFFERATA, J.I. (1996) *La Prueba en el Proceso Penal*, Ediciones Depalina – Buenos Aires.
6. CAMPOS, F.S. (2010) *La Prueba*.
7. CARBONELL, M. (2012) *Sobre el principio de exclusión de las pruebas ilícitas*, recuperado el 26/07/17 y disponible en: [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio de exclusion de las pruebas ilicitas.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio%20de%20exclusion%20de%20las%20pruebas%20ilicidas.shtml).
8. DELGADO, L.E. (2009) *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=83469>.
9. DIBAN, M. (2013) *Excepciones a la Exclusión de Prueba Ilícita: Legislación & Jurisprudencia Internacional*. Nicaragua – Moquegua. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <http://www.cicad.oas.org/pps/Document.aspx?Id=1831>.



10. FONSECA, R.C: (2016) *Prueba Ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad*. Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, p. 11-39.
11. GALEANO, E. A. (2013) *Excepciones a la Exclusión de la prueba ilícita*. Recuperado el 06/06/17 y disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11345/1/GaleanoPorrasErikaAdriana2013.pdf>
12. GASCON, M. (2000) *La prueba y su institucionalización: La presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la prueba*, p.47 – 88.
13. GONZALES, L. D., y ARIAS, F. (2015) *Excepciones a la Exclusión de la Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Penal con Tendencia Acusatoria Ley 906 de 2004*. (Tesis de grado) Santiago de Cali.
14. IBAÑEZ, P.A. (2002) *Sobre Prueba y Proceso Penal*, p. 55 – 66.
15. JAEN, M. (2000) *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, España, p. 368.
16. JARA, C. y F. (2014) *La Prueba Ilícita en Materia de Familia*, Recuperado el 08/06/17 y disponible en: <http://www.coaduc.cl/revistacoaduc/38/>.
17. JUAREZ, M. G. (2012) *La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XVIII, ISSN 1510-4974, Bogotá, p. 285-314.
18. LUENGO, T. P. (2008) *Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales*. (Tesis pre grado) Santiago de Chile.





19. MIRANDA, M. (2010) La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Recuperado el 06/06/2017 y disponible en: [file:///C:/Users/ly%20sol/Downloads/194215-260507-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/ly%20sol/Downloads/194215-260507-1-PB%20(3).pdf)
20. MONSALVE, S. (2010) *La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113 / p. 351-379 Medellín – Colombia, ISSN 0120-3886.
21. MORA, L.P. y GONZALES, D. (1991) *La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina*, Revista de Ciencias Penales, Costa Rica.
22. NEYRA, J.A. (2000) *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*, Lima – Perú.
23. OBANDO, V.R. (2013) *La valoración de la prueba*, Suplemento de Análisis Legal, p. 2 – 3.
24. OSMAN, A.I. (2008) *La exclusión de prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en los Tribunales de Garantía de Valdivia y Puerto Montt*. (Tesis de pre grado) Valdivia – Chile.
25. OSTOS, J. M. (2006) *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, España.
26. TALAVERA, P. (2009) *La prueba en el Nuevo Procesal Penal*, Cooperacion Técnica Alemana.
27. PISCOYA, J. (1993) *Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita*, recuperado el 18/0817 y disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>.



28. RIVES, A.P. (2010) *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*, España – Castilla la Mancha, recuperado el 26/07/17 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>.
29. ROMERO, MEDINA y GARCIA (1999) *Las pruebas en el sistema de justicia penal acusatorio*, México.
30. SALAS, D. (2005) *Encaje legal de la prueba prohibida en el proceso penal español*, España. Recuperado el 01/06/17 y disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>.
31. SANABRIA, M.A. (2012) Oportunidades procesales para solicitar la exclusión probatoria en el Proceso Penal. Recuperado el 02/07/17 y disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp4.pdf>.
32. SAN MARTIN, C. (2006) Los Acuerdos Plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/C7POLT.JUR.1PLENONAC.PRES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=72b7478046d47810a53fa544013c2be7>
33. TALAVERA, P. (2015) La Prueba Ilícita.
34. UGAZ, F. (2013) *Prueba ilícita*. Recuperado el 10/08/17 y disponible en: <https://www.google.com.pe/search?q=prueba+ilicita&oq=prueba+ilicita+&aqs=chrome..69i57j0l5.5877j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
35. UGAZ, F. (2002) *Algunas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. Recuperado el 06/07/17 y disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1477/DL-1993-I-2-Gonzalez.pdf>



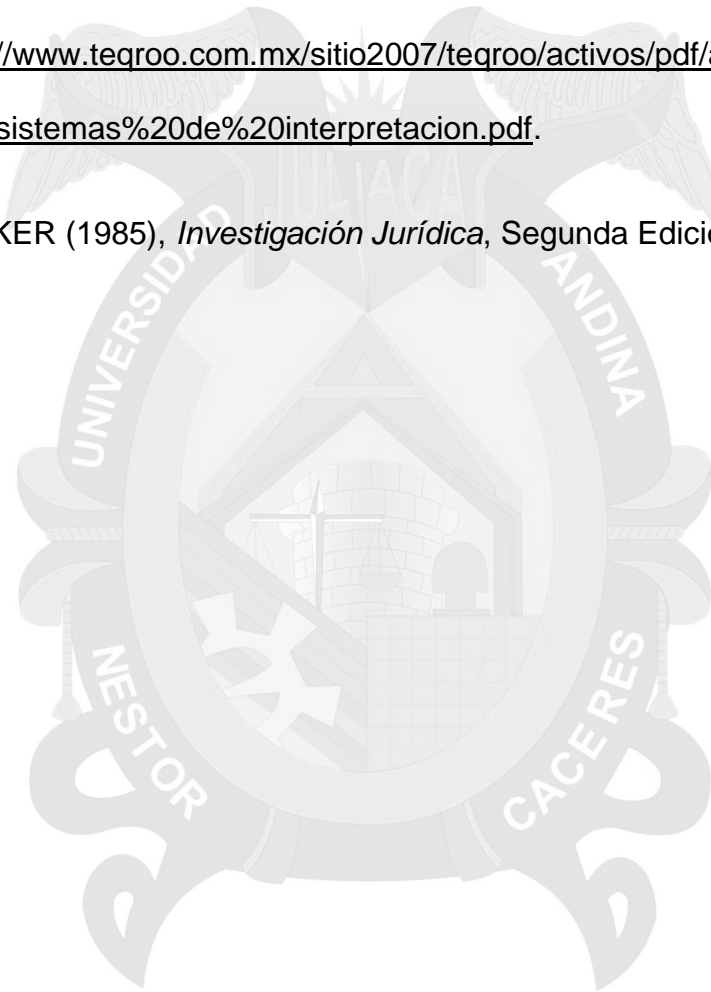
36. UGAZ, F. (2013) *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*, Callao – Perú.
37. URIBE, M.F. (2006) *El principio de exclusión probatoria*, recuperado el 26/07/17 y disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos41/exclusion-probatoria/exclusion-probatoria.shtml>.
38. VASQUEZ, M.A. (2010) *El derecho a la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal mexicano y sus límites*. Recuperado el 01/05/17 y disponible en: <http://crimentropia.com.mx/el-derecho-a-la-exclusion-de-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-penal-mexicano-y-sus-limites/>.
39. VILLA, J. (2013) *La Prueba Prohibida en el Proceso Civil*, Palestra Editores, Edición Mayo, p. 385; recuperado el 22/06/17 y disponible en: <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2013/09/16/la-prueba-prohibida-en-el-proceso-civil/>.
40. ZAMBRANO, A. (2008) *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal: Estudio doctrinario y jurisprudencial*. Lima – Perú.
41. (2015) *Prueba Ilícita. Límites de su Exclusión*. 2010354. 1a. CCCXXVI/2015. Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, p. 993.
42. CAFFERATA, J.I. (1998), *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
43. CAFFERATA, J.I. (1998), *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.



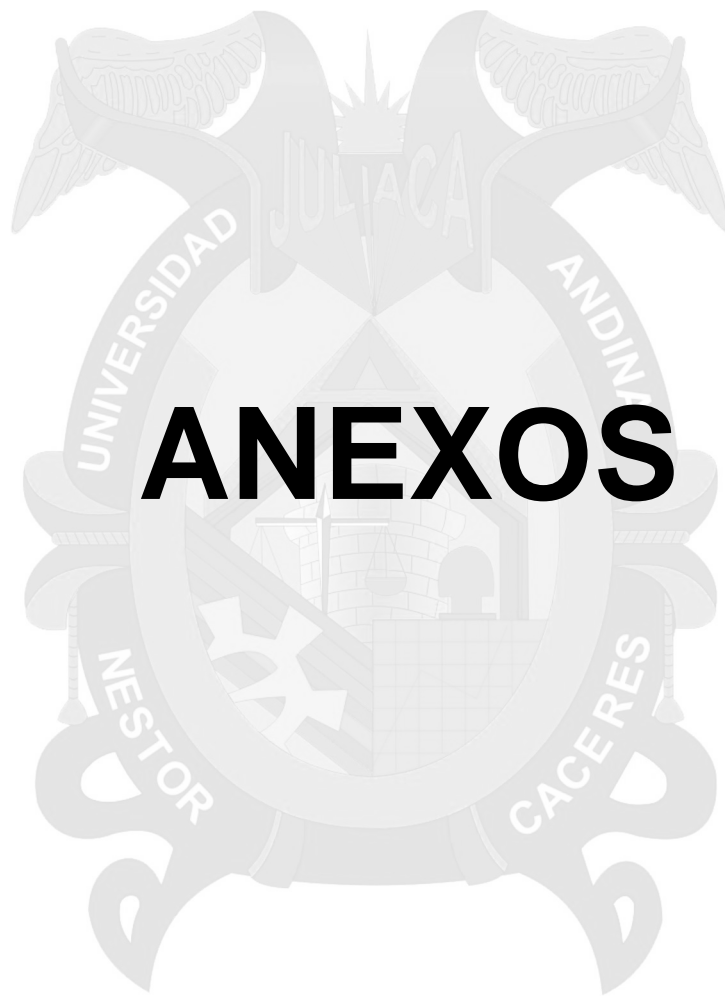
44. MIXÁN MASS, F. (1992), *Teoría de la Prueba*, Editorial BLG, Trujillo – Perú.
45. TARUFFO, M. (2012), *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Editorial Metropolitana, Chile.
46. CHANJAN, R. (2010) *La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Recuperada de: <http://www.lozavalos.com.pe> Visitada el 02 de Abril de 2013.
47. FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón, Teoría del Garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid España.
48. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113 / p. 351-379, Medellín - Colombia. Julio-Diciembre de 2010, ISSN 0120-3886.
49. TAYLOR y BOGDAN (1986), *Introducción a los métodos Cualitativos*, Paidós, España.
50. KERLINGER, (1999), *Diseño de investigaciones*, Recuperada en <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>.
51. ZORRILLA, D. (2010), *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, España.
52. FIX-ZAMUDIO, H. (2007) *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, decima cuarta edición, Editorial Porrúa, Argentina.
53. García, D. (2015). *Metodología del trabajo de investigación*, España.



54. VIDAURRI, M. (2011), *una recapitulación en torno a la dogmática penal, teoría del delito y teoría del caso*, México.
55. ANCHONDO, V. (s/f) *métodos de interpretación jurídica*, España.
56. AVILÉS, S. (s/a), *Los sistemas de interpretación gramatical, sistemático y funcional en Quintana Roo*, Recuperado en:  
<http://www.tegroo.com.mx/sitio2007/tegroo/activos/pdf/articulos/2007/Los%20sistemas%20de%20interpretacion.pdf>.
57. WITKER (1985), *Investigación Jurídica*, Segunda Edición, México.







# ANEXOS



## ÍNDICE DE LOS ANEXOS

**ANEXO N° 01** : Matriz de Consistencia.

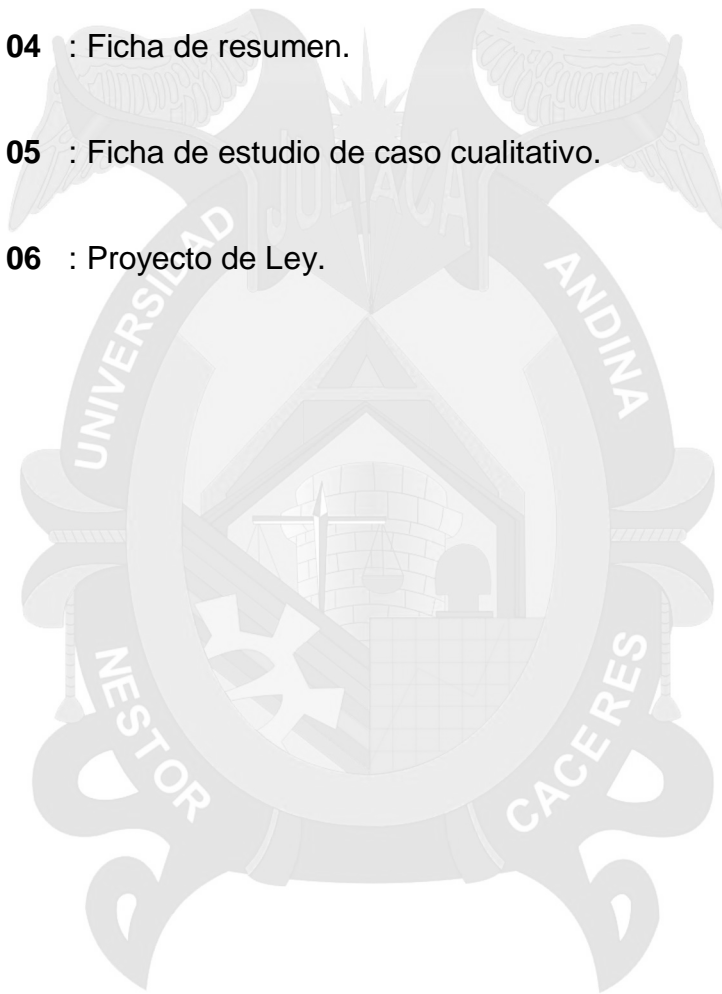
**ANEXO N° 02** : Ficha bibliográfica particular.

**ANEXO N° 03** : Ficha textual.

**ANEXO N° 04** : Ficha de resumen.

**ANEXO N° 05** : Ficha de estudio de caso cualitativo.

**ANEXO N° 06** : Proyecto de Ley.





**ANEXO N° 1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA**

TÍTULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECÍFICAS	UNIDAD DE ESTUDIO y DIMENSIONES	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN
"HACIA EL DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DEBIDO PROCESO PENAL".	<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Cuáles son las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión y que implicancias tiene en el debido proceso penal?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <p>1.- ¿Cuáles son las reglas de exclusión de la prueba ilícita y cuál es el fundamento de su debilitamiento?</p> <p>2.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y cuál es su fundamento?</p> <p>3.- ¿Qué implicancia tiene las reglas de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal?</p>	<p><b>GENERAL</b></p> <p>Establecer y analizar las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión y que implicancias tiene en el debido proceso penal.</p> <p><b>ESPECÍFICOS:</b></p> <p>1.- Establecer los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.</p> <p>2.- Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento dogmático.</p> <p>3.- Establecer qué implicancia tiene las reglas de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal.</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL</b></p> <p>Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, deben considerarse los fines del Derecho penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, del vínculo atenuado, del descubrimiento inevitable; es así que La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso.</p> <p><b>HIPOTESIS ESPECÍFICAS</b></p> <p>1.- Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos: A.- Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Deben considerarse los fines del Derecho penal, C.- Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, D.- La prueba ilícita debe ser declarada judicialmente como tal para que no tenga efectos probatorios; y el fundamento, y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.</p> <p>2.- En un estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están delimitados por las siguientes reglas: A.- fuente independiente, B.- Del vínculo atenuado, C.- Del descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.</p> <p>3.- La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.</p>	<p><b>UNIDAD DE ESTUDIO:</b></p> <p>Las REGLAS de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal.</p> <p><b>Dimensiones:</b></p> <p>1.- Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento.</p> <p>2.- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento.</p> <p>3.- La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.</p>	<p><b>TIPO O ENFOQUE:</b></p> <p>Cualitativo</p> <p><b>DISEÑO:</b></p> <p>Dogmático</p>	<p><b>MÉTODOS:</b></p> <p>1.- Método Sistemático</p> <p>2.- Método Dogmático</p> <p>3.- Estudio de caso</p> <p><b>TÉCNICAS:</b></p> <p>-Revisión Documental</p> <p>-Argumentación</p> <p>-Análisis</p> <p>-Interpretación</p> <p><b>INSTRUMENTOS:</b></p> <p>-Fichas de análisis de contenido.</p> <p>-Ficha de citas textuales.</p> <p>-Fichas de Resumen.</p> <p>-Ficha de análisis de caso.</p>



ANEXO N° 02

UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ

ESCUELA DE POS GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel

"La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones"

(Revista Catalana De Seguretat Pública)

1° Edición: Mayo del 2010, España.

Revista anual electrónica

Link:

[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055\\_miranda\\_estrampes\\_prueba\\_prohibida\\_reglas\\_de\\_exclusion\\_y\\_excepciones.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_miranda_estrampes_prueba_prohibida_reglas_de_exclusion_y_excepciones.pdf)

pp. 131-151

*El artículo jurídico aborda sobre las reglas de exclusión probatoria, y las excepciones a las reglas de exclusión, plantea los supuestos para cada una de ellas.*



**UNIVERSIDAD ANDINA “NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ**

## MAESTRÍA EN DERECHO

**TEMA: CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA Y LA PRUEBA IRREGULAR.**

Ficha N° 010.

Autor: MIRANDA, M. (2010).

Pág.: 03

"(...).

(...)."

**Nota:** Este es uno de los tópicos que se desarrollan en la investigación, en el marco de la investigación.





**UNIVERSIDAD ANDINA “NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ**

**MAESTRÍA EN DERECHO**



ANEXO N° 05

UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

"Las REGLAS de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal".

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

1.1. Título de contenido: "LA PRUEBA ILÍCITA".

1.2. Autor: MIRANDA, M. (2010).

1.3. Lugar de edición: ..... Año: ..... Editorial: .....

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

ANÁLISIS
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

OBSERVACIÓN
.....
.....
.....
.....



ANEXO N° 06

UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

---

**PROYECTO DE LEY**

Proponemos el presente proyecto de LEY, la misma que debe ser enviada al Congreso de la República mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno, donde se incorpora el numeral cuarto en el artículo VIII Legitimidad de la prueba del Título Preliminar del Código Procesal Penal y asimismo, se incorpora tres supuesto 2, 3 y 4 en el artículo 159, referida a las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas de exclusión probatoria, a fin de que sea regulada taxativamente en el Código Procesal Penal, recogiendo y considerando los siguientes fundamentos que a continuación se expone:

**1.- Exposición de Motivos**

**1.1.- Enfoque de la problemática**

La reforma legislativa con la finalidad de incorporar las reglas de exclusión, y las excepciones a las reglas de exclusión probatoria, dado que es un vacío legal que se advierte en el Código Procesal Penal del año 2004, asimismo, el tópico es un tema de interés, de actualidad y que se genera controversias justamente porque no existe una regulación adecuada, debido a que existen diversos niveles de análisis discrepantes entre los mismos.

Los fundamentos del porque se propone la incorporación de los supuestos, en el artículo 195 del Código Procesal Penal, es que a partir de la

investigación realizada se ha acreditado científicamente la necesidad de su incorporación, asimismo, si hacemos una comparación, nuestro Código Procesal Penal tiene ese vacío a diferencia de los países latinoamericanos, la investigación antes mencionada abordó tres tópicos que es necesario mencionar: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

El aporte fundamental de la investigación en su primer componente es haber delimitado, los criterios, las reglas, y los presupuestos para excluir la prueba ilícita, y en esta línea, un asunto no menos importante que se ha planteado es referido ¿Por qué? en la actualidad se da el debilitamiento de las reglas de exclusión.

En su segundo componente, el aporte de la tesis radica en haber establecido, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, ello en el marco de las teorías, doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado. Y como tercer aporte del estudio es desarrollar la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal, este último es importante porque se estableció que la prueba ilícita afecta directamente el debido proceso, porque justamente es aquella que se ha obtenido con violación a los derechos fundamentales.

## **1.2.- Fundamentos: Constitucional y eficacia de la investigación**

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento



constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras su fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión.

Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculas al crimen organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción.

Finalmente, señalar que el objetivo central del presente proyecto de Ley es incorporar los supuestos de exclusión y los supuestos de excepción a las





reglas de exclusión, ello debe ser incorporado en el artículo 159 del Código Procesal Penal.

## **2.- Costo Beneficio:**

La presente iniciativa legislativa, de ser aprobada y promulgada, no demandara recursos adicionales del Estado dado que únicamente se propone la adición o la incorporación de tres supuestos al artículo 159 del Código Procesal Penal, ello optimizará los usos racionales de la prueba, excluir la prueba prohibida, verificando si concurre cualquiera de los supuestos, en su defecto mantener la prueba verificando las excepciones a las reglas probatorias

## **3.- Fórmula legal:**

### **PROYECTO DE LEY N° 0001 - 2017**

Propuesta legislativa que incorpora el numeral cuarto en el artículo VIII *Legitimidad de la prueba* del Título Preliminar del Código Procesal Penal, y la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 *la utilización de la prueba* del LIBRO SEGUNDO referida a la Actividad Probatoria del Código Procesal Penal del año 2004.

Artículo. 1.- Modifíquese el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, e incorpórese dos nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal del año 2004, bajo los siguientes términos:



Redacción actual del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal:	Redacción modificada del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, Decreto Legislativo N° 957, incorporando el cuarto supuesto.
<p><b>“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:</b></p> <p>1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.</p> <p>2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p>3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.</p>	<p><b>“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:</b></p> <p>1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.</p> <p>2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p>3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio</p> <p><u><b>4.- Para excluir la prueba ilícita se verificará las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas probatorias, y realizar un adecuado test de ponderación.</b></u></p>



Redacción actual del artículo 159 del Código Procesal Penal del 2004.	Redacción modificada del artículo 159 del Código Procesal Penal, incorporando dos nuevos supuestos.
<p>“Artículo 159 Utilización de la prueba.-</p> <p>1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.</p>	<p>Proponer la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal, en los términos y condiciones siguientes:</p> <p><b><i>“Artículo 159 Utilización de la prueba.</i></b></p> <p>1. El Juez no podrá <b><u>valorar ni</u></b> utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p><b><u>2. Reglas de exclusión:</u></b></p> <p><b><u>A.- La ilicitud en la obtención y la incorporación comprometa el debido proceso,</u></b></p> <p><b><u>B.- Prueba derivada a partir de una fuente ilícita,</u></b></p> <p><b><u>C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales,</u></b></p>



D.- La prueba ilícita para que no tenga efectos debe ser declarada judicialmente.

E.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita con la finalidad de generar derechos y obtener ventaja.

3. Excepciones a las reglas de exclusión:

El juez al momento de aplicar las reglas de excepción deberá realizar un test de ponderación entre los derechos en conflicto.

A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos.

B.- El vínculo atenuado.

C.- El descubrimiento inevitable.

D.- Derecho a la verdad.

E.- Buena Fe.

F.- Fuente independiente.

G.- Consentimiento.

4. Test de ponderación.- Tanto para aplicar las reglas de exclusión como para aplicar las excepciones a las reglas de exclusión el juez deberá realizar la ponderación.



## **Artículo 2.- De la vigencia de la ley.**

La presente ley, entrará en vigor dentro de un plazo no mayor de (30 días calendarios) una vez publicada en el diario oficial el peruano.

### **Disposiciones finales:**

#### **Primera. -**

Modifíquese o deróguese todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley, todo lo que no está prevista en la presente Ley, se rige por las reglas del proceso común, siempre en cuando estas sean compatibles a su naturaleza y resolución.

**Puno, 12 de diciembre del 2017.**

